

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODOLFO MACEDO DO PRADO

O REGIME JURÍDICO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

FLORIANÓPOLIS – SC

2014

RODOLFO MACEDO DO PRADO

O REGIME JURÍDICO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais
da Rosa

FLORIANÓPOLIS – SC

2014

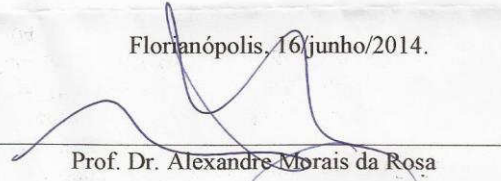


Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada "O regime jurídico das interceptações telefônicas", elaborada pelo acadêmico Rodolfo Macedo do Prado, defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 40 (Dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.


Florianópolis, 16/junho/2014.



Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa



Rycharde Farah



Marcelo Cesar Bauer Pertille

AGRADECIMENTOS

Este é o trabalho da minha vida. Um tema que me apareceu no ano de 2012 e era para ser apenas mais uma de tantas defesas em meu estágio, mas que acabou transformando-se nesse Trabalho de Conclusão de Curso. Dessa forma, é difícil nominar todos aqueles que, de uma forma ou de outra, acabaram por influenciar a produção deste, a quem, antecipadamente, agradeço. Este trabalho pontua o final de um ciclo e acredito que há um pouco de cada um no que sou hoje, especialmente da convivência com os amigos da Escola Vivência, Colégio Coração de Jesus, Colégio Energia, UNISUL, Direito UFSC, Comissão do Acadêmico de Direito da OAB/SC, Associação Atlética Direito UFSC, Farah, Gomes & Advogados Associados (desde Farah, Gomes & Amorim), Gabinete da 2ª Vara Criminal de São José/SC (Juiz de Direito Marcelo Pons Meirelles) e no Tribunal de Justiça de Santa Catarina junto ao Gabinete do Desembargador Rodrigo Collaço nasceu o profissional que um dia serei. Todavia, algumas pessoas tiveram especial importância:

- À minha família, especialmente ao meu pai que me instigou o caminho do Direito e de perseguir o que é certo e à minha irmã que, ao sempre me tomar como exemplo, forneceu combustível para cada dia buscar o meu máximo e tornar-me mais merecedor de tal título;
- À Rycharde Farah, exemplo de advogado, por ter-me oportunizado conhecer e trabalhar o tema desprovido de amarras conceituais e dado liberdade para que eu pudesse pesquisar, criar e transpor limites antes inimagináveis; e,
- Ao meu orientador, Prof. Alexandre Moraes da Rosa, pois, como professor nas disciplinas de Processo Penal I e II, demonstrou que é possível um caminho mais racional e garantidor dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição e, como profissional, por aplicar o que escreve e pensa, garimpando a coragem que move este trabalho em demonstrar as mazelas que assolam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

A todos, o meu MUITO OBRIGADO.

RESUMO

O marco inicial deste trabalho é a problemática envolvendo o uso irrestrito e irresponsável da quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

No dia-a-dia forense, não são raros os casos de deflagração de megaoperações, oferecimento de denúncias e decisões judiciais baseadas em interceptações telefônicas, tratadas, na maioria das vezes, como a “rainha das provas técnicas”. Daí nasce a necessidade do estudo acerca do regime jurídicas de tais interceptações.

A primeira norma a trazer o tema da inviolabilidade das telecomunicações foi o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei Federal n. 4.117/62), prevendo, outrossim, hipóteses onde a quebra era possibilitada mediante algumas circunstâncias, dentre as quais se destaca a autorização judicial. Por outro lado, a Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 01/69 foi a primeira Carta a prever o sigilo das comunicações telefônicas, o qual detinha caráter absoluto.

Apenas na Carta de 1988 foi possível depreender uma visão clara e sistêmica acerca da possibilidade das interceptações telefônicas. A garantia fundamental da privacidade é a regra e, por corolário lógico, o sigilo telefônico também o é, sendo a quebra deste exceção, somente autorizada após a edição de Lei regulamentadora, como veio a ser a Lei Federal n. 9.296/96, complementada pela Resolução CNJ n. 59/2008.

A partir de então, doutrina e jurisprudência analisam os dispositivos de tal regulamentação e promovem a discussão por diversos prismas.

Assim, o que se busca discutir nesse trabalho é a colocação dos temas controvertidos acerca das interceptações telefônicas, fazendo uma análise constitucional, legal, doutrinária e jurisprudencial, tentando encontrar a melhor solução.

A importância do tema é atual visto que, devido à globalização e o barateamento dos aparelhos de telefone, a interceptação da comunicação traduz-se em poderoso instrumento de investigação do Estado em face da criminalidade, mas também oferece riscos às garantias fundamentais dos indivíduos, assim postas pela Constituição Federal.

Por fim, o método utilizado foi o indutivo. A técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, juntamente com pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e Suprema Corte Americana.

Palavras-chave: Sigilo, Quebra, Interceptações Telefônicas, Estado, Garantias Fundamentais.

ABSTRACT

The starting point of this work is the problem involving unrestrained and irresponsible use of telephone communications' confidentiality breach.

Everyday, not rare, are cases of "mega-operations" outbreaks, criminal procedures and judicial decisions based on wiretaps, treated, most often, as the "queen of technical evidence." Then, arises the need for the study of the legal regime of such wiretaps.

The first rule to bring the issue of the inviolability of telecommunications was the Brazilian Telecommunications Code (Federal Law n. 4.117/62), providing, instead, hypotheses where the break was made possible by some circumstances, among which stands out the judicial authorization. Moreover, the 1967 Constitution, as modified by Constitutional Amendment. 01/69 was the first Constitution to provide for the confidentiality of telephone communications, which held absolute character.

Only in the 1988 Constitution was possible to deduce a clear and systemic about the possibility of wiretapping vision. The fundamental guarantee of privacy is the fundamental rule, and by corollary, the phone secrecy also is being authorized only after the issue of regulatory law breaking this exception, as it came to be the Federal Law n. 9.296/96, supplemented by CNJ Resolution n. 59/2008.

Since then, doctrine and jurisprudence analyze devices such legislation and promote discussion of several prisms.

However, what is sought in this work is to discuss the placement of the controversial issues about the wiretapping, making a constitutional, statutory, doctrinal and jurisprudential analysis, trying to find the best solution.

The importance of the subject is currently seen that due to globalization and the cheapening of handsets, the interception of communication translates into powerful instrument of the state, or political, in the face of crime, but also poses risks to the fundamental guarantees of individuals, so put the Federal Constitution as a fundamental individual right.

Finally, the method used was inductive. The technique used was the literature research, along with research jurisprudence of the Supreme Court, Superior Courts, Federal Regional Courts, Estate Courts of Justice and the American Supreme Court of Justice.

Keywords: Secrecy, Violation, Wiretapping, State, fundamental guarantees.

“As novas opiniões são sempre suspeitas e geralmente opostas, por nenhum outro motivo além do fato de ainda não serem comuns.” John Locke

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	9
1.1 O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS NO SISTEMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	9
1.2 A INOVAÇÃO PROMOVIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	13
1.3 O VÁCUO LEGISLATIVO REGULAMENTADOR.....	15
1.4 A EDIÇÃO DA LEI N. 9.296/96.....	18
1.5 A RESOLUÇÃO N. 59/2008 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	23
2 O REGIME JURÍDICO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E A RELATIVIZAÇÃO DAS NORMAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	27
2.1 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 9.296/96.....	27
2.2 REQUISITOS AUTORIZADORES DA QUEBRA DE SIGILO.....	28
2.3 QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA, NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E PRAZO DE INTERCEPTAÇÃO.....	33
2.4 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS EM COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.....	40
2.5 AUTORIZAÇÃO EX OFFICIO DE INTERCEPTAÇÃO POR PARTE DO JUIZ.....	42
2.6 ENCONTRO FORTUITO EM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	44
2.7 PROVA EMPRESTADA EM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	49
2.8 SUPRESSÃO/EDIÇÃO/DESTRUIÇÃO DE MÍDIAS.....	53
NECESSIDADE DE DEGRAVAÇÃO/TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS	

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E INUTILIZAÇÃO DAS MÍDIAS “INÚTEIS” ...	55
3 A “FARRA” DAS INTERCEPTAÇÕES: COMO MEGA-OPERAÇÕES ACABARAM COM A ANULAÇÃO DAS PROVAS ORIUNDAS DA QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO.....	59
3.1 OPERAÇÃO “ <i>TREM PAGADOR</i> ” - INTERCEPTAÇÃO COMO REGRA E NÃO EXCEÇÃO E PARA INVESTIGAÇÃO DE CRIMES PUNIDOS COM DETENÇÃO.....	59
3.2 OPERAÇÃO “ <i>PARANHANA</i> ” – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA PRORROGAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	61
3.3 OPERAÇÃO “ <i>INFLUENZA</i> ” – QUEBRA DE SIGILO DEFERIDA POR JUIZ INCOMPETENTE.....	63
3.4 OPERAÇÃO “ <i>SUIÇA</i> ” – INTERCEPTAÇÃO BASEADA EM DENÚNCIA ANÔNIMA.....	65
3.5 OPERAÇÃO “ <i>NEGÓCIO DA CHINA</i> ” – SUPRESSÃO DE MÍDIAS PROVENIENTES DA QUEBRA DE SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS.....	67
3.6 OPERAÇÃO “ <i>CASTELO DE AREIA</i> ” – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA DEFERIMENTO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	70
3.7 OPERAÇÃO “ <i>TRANSPARÊNCIA</i> ” – ENCONTRO FORTUITO EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	72
3.8 POR UM USO MAIS RACIONAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	79
CONCLUSÃO.....	81
BIBLIOGRAFIA.....	83

INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico está dividido em três capítulos e tem como objetivo tratar sobre o tema do regime jurídico das interceptações telefônicas.

No primeiro capítulo do presente trabalho, abordar-se-á como as interceptações estão colocadas em nosso ordenamento jurídico, através de uma análise cronológica, ao buscar na Constituição da República de 1891 a inserção do sigilo e a positivação da inviolabilidade das comunicações telefônicas na Lei Federal n. 4.117/62, vindo até os dias atuais, buscando na Carta de 1988, na Lei n. 9.296/96 e Resolução n. 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça, a normatização da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, não sendo objeto de análise a Lei de Organizações Criminosas.

Posto isso, no segundo capítulo serão revelados pontos polêmicos da operacionalização das interceptações telefônicas através de um estudo doutrinário e jurisprudencial, analisando a relativização das normas atinentes pelo Poder Judiciário, bem como a problemática que se encontra no dia-a-dia dos operadores do Direito, especialmente no tocante à (in)constitucionalidade do artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/96, requisitos autorizadores da quebra de sigilo, uso de prova emprestada, encontro fortuito, interceptação determinada por Comissão Parlamentar de Inquérito, deferimento ex officio pelo juiz, interceptação baseada em denúncia anônima e a supressão/edição/destruição de mídias.

Por fim, no terceiro capítulo serão analisadas diversas operações policiais deflagradas com base em interceptações telefônicas, estabelecendo uma correlação entre os pontos colocados no segundo capítulo e as decisões judiciais relativas às operações, a fim de estabelecer o caminho perseguido até a solução.

O método utilizado foi o indutivo. A técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, juntamente com pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e Suprema Corte Americana.

1 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS NO SISTEMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, a fim de verificar-se como encontram-se regidas as interceptações telefônicas em nosso ordenamento jurídico, faz-se necessária uma construção cronológica de tal inovação legislativa, levando-se em consideração os contornos traçados pela doutrina e jurisprudência à época.

As Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1946, nada dispunham acerca do sigilo das comunicações telefônicas, fato este que pode ser explicado por, ainda àqueles tempos, não haver uma propagação em escala global do telefone, ainda muito dispendioso e pouco funcional à época, restrito a poucos afortunados.

A garantia de sigilo, em seu sentido amplo, por outro lado, encontrou sua primeira disposição já na Carta de 1891, a qual tratava da correspondência de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país e que se encontra presente até os dias de hoje:

“Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 18º - É inviolável o sigilo da correspondência;”

Interessante notar que a Constituição colocou o sigilo da correspondência com caráter absoluto, não permitindo quaisquer exceções, fato que ainda hoje é tema de infundáveis discussões na doutrina e jurisprudência no tocante, especificamente, às interceptações telefônicas, quando se parte de uma perspectiva constitucional, já que a Carta Magna vigente à época nada assentou no que toca às garantias fundamentais de privacidade e intimidade.

Quanto ao sigilo das comunicações telefônicas, a Lei Federal n. 4.117/1962, em seu artigo 55, foi a primeira norma a apresentar a expressão “é inviolável a telecomunicação”, o que inaugurou a discussão que até hoje perdura acerca das interceptações telefônicas, sendo marco inicial desta análise:

“Art. 55. É inviolável a telecomunicação nos termos desta lei.”

Todavia, outras disposições do mesmo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62), especialmente as previstas nos artigos 56 e 57, consideravam certas situações como exceções ao sigilo das telecomunicações, autorizando, por conseguinte, sua “quebra” ou “interceptação”. Merece especial atenção o art. 57, inciso II, alínea e, a qual previu o que seria o “embrião” da necessidade de autorização judicial para interceptação das comunicações telefônicas:

Art. 56. Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exiba autógrafo ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro.

§ 1º Pratica, também, crime de violação de telecomunicações quem ilegalmente receber, divulgar ou utilizar, telecomunicação interceptada.

§ 2º Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação.

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - O conhecimento dado:

- a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;
- b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;
- c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;
- d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;
- e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação dêste.

Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública.

Art 57. Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - O conhecimento dado:

- a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;
- b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;
- c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;
- d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;
- e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação dêste.”

O primeiro questionamento que se faz é se o dispositivo seria, ou não, inconstitucional. Entrementes, como destacado anteriormente, a Constituição nada dispunha acerca das garantias de intimidade ou privacidade, omissão que, de uma forma ou de outra, permitiu a criação de norma regulamentadora, a qual não encontrou óbice constitucional para lidar com a possibilidade de interceptação das telecomunicações.

No mesmo norte, a partir da edição da citada Lei, a doutrina focou esforços na análise acerca da (in)admissibilidade de interceptações telefônicas, substancialmente na dicotomia entre a omissão constitucional e a previsão legal, concluindo, ao final, pela possibilidade de admissão de provas oriundas de quebra do sigilo das comunicações

telefônicas autorizadas à luz do art. 57, inciso II, alínea e, do Código Brasileiro de Telecomunicações, conforme se percebe da obra que liderou a tese, de lavra da professora Ada Pellegrini Grinover¹:

“Verifica-se, assim, que o art. 57, inc. II, nos itens c, d e e, do Código de Telecomunicações, possibilita o ‘conhecimento’ de conversações telefônicas por parte de determinadas autoridades; deixando de lado o disposto nos itens c e d, que dizem respeito a finalidades diversas, o ‘conhecimento’ pode ser dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste; o que significa, em última análise, que o juiz pode determinar, mediante ordem judiciária, a interceptação de uma conversação telefônica e sua gravação, para fins probatórios.”

Tal conclusão deu-se, principalmente, como se observou, pela omissão constitucional acerca da garantia fundamental da privacidade, intimidade e da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, o que deu azo à permissão judiciária em casos especiais, determinados pela Lei, sem que com isto se configurasse uma pretensa inconstitucionalidade, pois, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC 69.912:

“O que o Código, no preceito lembrado, erigiu em excludente da criminalidade foi a transmissão ao juiz competente do resultado de interceptação já efetivada, o que pressupunha obviamente a licitude da escuta, que, no regime de 1946 e nos subsequentes, se cingia, em princípio, às hipóteses do estado de sítio e similares.”

A previsão constitucional do sigilo das comunicações telefônicas, portanto, é relativamente nova. A Emenda Constitucional n. 01/1969, mais conhecida como Constituição de 1969, foi a primeira Carta a apresentá-lo de forma expressa, in verbis:

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.”

A disposição inaugurou um novo período, no qual o sigilo das comunicações telefônicas apresentou-se no âmbito constitucional e de forma absoluta, sem qualquer ressalva do Constituinte apta a permitir a interceptação e utilização destas no processo

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 262.

penal, o que permite concluir a não recepção do Código de Telecomunicações no que concerne à permissão de quebra do sigilo telefônico.

O tema inspirou grande divergência na doutrina. Como bem demonstra Luiz Francisco Torquato Avolio², José Celso de Mello Filho³ entendia que a referida norma era dotada de “eficácia plena e irrestringível”, assegurando, assim, a inviolabilidade do sigilo telefônico. Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes⁴ também sustentavam a inconstitucionalidade das exceções legais ao princípio da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações.

Noutro norte, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes⁵ vislumbravam nas disposições do Código de Telecomunicações a sua possibilidade legal, desde que realizadas pelos serviços oficiais de telecomunicações, mediante requisição da autoridade judiciária competente. Cumpriria, ainda, dado o caráter eminentemente cautelar da providência, serem observados pelo juiz os requisitos das medidas cautelares em geral, quais sejam, o periculum in mora e o fumus boni juris, sem embargo da observância, ainda que diferida, do princípio do contraditório sendo, portanto, aquele diploma legal, recepcionado pela Constituição e complementar a esta.

Outrossim, a jurisprudência também enfrentou a divergência colocada pela doutrina.

O então Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Barbosa Moreira, funcionando como relator no julgamento do AgIn n. 7.111 em 7.11.1983, afirmou que o sigilo das comunicações telefônicas “*é como qualquer outro, limitado, e não pode sobrepor-se de maneira absoluta a todos os interesses dignos de tutela jurídica, por mais relevantes que se mostrem. Aqui tem igualmente lugar a valoração comparativa dos interesses em conflito e a aplicação do princípio da proporcionalidade*”.

Contudo, tal posicionamento não reflete o texto constitucional e, não obstante, foi superado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos que se tornaram verdadeiros marcos para o estudo das interceptações telefônicas.

² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 131.

³ MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*, 1984, p. 333.

⁴ MORAIS, Paulo Heber de. LOPES, João Batista. *Da prova penal*, 1978, p. 170-172.

⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Os resultados da interceptação telefônica como prova penal*, 1986, p. 22.

Nos autos do RE 85.439/RJ, julgado em 11.11.1977, os quais versavam acerca da admissibilidade de uma fita apresentada pelo marido que continha uma ligação telefônica da mulher, o Ministro Xavier de Albuquerque afirmou:

“Flagrante é a contrariedade ao § 9º do art. 153 da Constituição, em conjugação com os arts. 55 e seguintes da Lei 4.117/62 e 332 do CPC. Embora anteriores à inscrição do princípio da inviolabilidade da comunicação telefônica na Constituição, os dispositivos do Código de Telecomunicações possuem ou passaram a possuir o caráter de regulamentadores do § 9º em foco. O recorrido, gravando, captando e se utilizando do conteúdo da comunicação telefônica da recorrente dirigida a terceiro incidiu na prática de meio ilegal para conseguir prova.”

No entanto, ainda não havia análise da quebra do sigilo das comunicações telefônicas no processo penal propriamente dito, o que só veio a ocorrer no julgamento realizado em 18.12.1986 nos autos do RHC 63.834-1/SP, relator Min. Aldir Passarinho, quando foram reputadas ilícitas as gravações telefônicas produzidas no inquérito que balizou aquela ação penal, por afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações, cerceando a defesa e inibindo o contraditório.

Embora esparsas, as decisões acima alicerçaram o entendimento que seria seguido pela ampla maioria dos tribunais pátrios, uma vez que, naquele momento, a Constituição dispunha o sigilo das comunicações telefônicas como absoluto, sem possibilitar quaisquer exceções, não recepcionando, por conseguinte, toda e qualquer norma que dispusesse em contrário, até que sobreviesse uma nova ordem constitucional.

1.2 A INOVAÇÃO PROMOVIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, mister ressaltar que a Carta Política de 1988 inovou o ordenamento jurídico ao possibilitar, como exceção, a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, autorizando a afronta ao direito à intimidade e à privacidade. Porém, uma análise mais atenta ao texto constitucional, em seu artigo 5º, revela uma obscuridade passível de divergentes interpretações acerca das hipóteses cabíveis de quebrar-se o sigilo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso,

por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
(...)” (destacou-se)

A primeira problemática reside na possibilidade de agrupar os sistemas de comunicação (telegráficos, dados e telefônicos) em um único grupo, criando de um lado o sigilo de correspondência e do outro o sigilo dos “sistemas de comunicação”. Nesta toada, a expressão “último caso” poderia autorizar, por exemplo, a quebra do sigilo de dados, ou, se analisada taxativamente, apenas a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. Ressalta-se aqui o entendimento do catedrático Vicente Greco Filho⁶:

“Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interpretação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”. Ademais, segundo os dicionários, último significa o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo.”

No mesmo sentido, o professor José Afonso da Silva⁷ entende que a possibilidade de quebra do sigilo deve restringir-se às comunicações telefônicas, eis o assento:

"Ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, e se interrompam o seu curso, se escutem e interceptem telefonemas. Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual".

Noutro norte, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁸ afirma ser possível a interceptação de dados, de comunicações telegráficas ou até de correspondências:

“A leitura do preceito pode levar à conclusão de que apenas nos casos de comunicações telefônicas seria possível que o Poder Público quebrassem o sigilo e que seria impossível abrir ao seu conhecimento os dados constantes de correspondência postal, telegráfica ou de comunicações telefônicas.

Sabe-se, porém, que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer mesmo sem autorização expressa do constituinte, sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais. Não havendo direitos absolutos, também o sigilo de

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª Ed – versão digital (.epub). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 356.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 440

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. - versão digital. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 502.

correspondência e o de comunicações telegráficas são passíveis de ser restringidos em casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade.”

Aplicando-se o princípio *exceptio non sunt amplianda*, ou “a exceção não se amplia”, parece-nos que o texto constitucional, ao estabelecer a expressão “no último caso”, restringiu a quebra do sigilo tão-somente às comunicações telefônicas, devendo ser editada, a fim de regulamentá-la, legislação específica.

Nesta senda, acredita-se que a ausência de caráter absoluto ao direito fundamental à privacidade, conforme levantado pelo ilustre Ministro, não deve ser aplicada às interceptações no sentido *lato sensu*, pois, ao generalizar tal situação, traz insegurança jurídica e revela situação desproporcional. Portanto, sob a óptica do texto constitucional, a exceção está presente única e exclusivamente quanto às comunicações telefônicas, objeto deste trabalho de conclusão de curso.

Acerca da interceptação telefônica como exceção, e não regra, a Suprema Corte Americana, no julgamento *Katz vs United States* (1967), oferece importante lição: “*não interessando o local, uma conversa é protegida contra buscas de prova sem razão à luz da Quarta Emenda se é feita com uma expectativa de privacidade considerável.*”

Porém, ainda era necessária a promulgação de uma Lei regulamentadora da exceção criada pela então “nova” Constituição.

1.3 O VÁCUO LEGISLATIVO REGULAMENTADOR

Importante questão que suscitou dúvidas dos operadores do Direito girava em torno da possibilidade de interceptação telefônica após a promulgação da Constituição de 1988, mas sem a edição de norma regulamentadora, no período compreendido entre outubro de 1988 e julho de 1996, pois alguns magistrados ainda autorizavam quebras do sigilo com base no Código de Telecomunicações, sob o argumento de que até que sobreviesse nova lei regulamentadora, as normas atinentes àquele diploma estavam em conformidade com o texto constitucional.

Tal tese foi amplamente rebatida pelo Supremo Tribunal Federal. A propósito:

“O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é autoaplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das

comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, e, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas (...)” (HC 72588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 4.8.2000, p. 3)

“PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, “NAS HIPÓTESES E NA FORMA” POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFONICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE. (HC 69912, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, j. em 16.12.1993)

Entretanto, mesmo com a sedimentação do entendimento pelo Pretório Excelso, alguns tribunais do país – inclusive o Superior Tribunal de Justiça -, por um longo período, aceitaram interceptações telefônicas sem o advento de lei regulamentadora, conforme se infere dos julgados colacionados:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE “SÃO INADMISSÍVEIS...AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO”, NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA “ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL” (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O

ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA “RAZOABILIDADE” (REASONABLENESS). O PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS (EXCLUSIONARY RULE) TAMBÉM LÁ PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA. (STJ. HC 4.138/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 5.3.1996)

“Escuta telefônica. Prova da autoria. A escuta telefônica é expressamente autorizada na CF, art. 5º, inc. XII, em casos especiais e deferida pelo Juiz. Preliminar de nulidade rejeitada. Prova da autoria manifesta”. (RJTJRGs 166/52)

“Prova criminal – Interceptação telefônica – Admissibilidade – Inviolabilidade do sigilo não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade”. (TJSP. ACrim n. 185.901-3, j. em 30.10.95)

Tais julgados acabaram por criar profunda insegurança jurídica. A autorização de quebra do sigilo das comunicações telefônicas sem a existência de nova lei regulamentadora restava juridicamente desamparada. A Constituição Federal, ao prever como regra o sigilo, determinou, mesmo que implicitamente, que haja cautela quando da invasão da esfera de intimidade e privacidade dos indivíduos, visto que é garantia fundamental destes.

Não havia, em um plano de conformidade constitucional, como amparar as decisões que autorizavam a quebra desse sigilo. A Constituição Cidadã de 1988 havia consagrado as garantias fundamentais de intimidade e privacidade e, mesmo quando relativizou-as, vinculou a autorização de quebra à lei regulamentadora posterior, o que tornava todos os deferimentos judiciais inconstitucionais.

Com o passar dos anos, os próprios tribunais acabaram revendo seus posicionamentos e alinharam-se ao já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. E não destoou o entendimento posteriormente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“A escuta telefônica realizada antes da Lei 9.296/96, ainda que calcada em ordem judicial, não estava juridicamente amparada, acarretando prova obtida por meio ilícito” (REsp 225.450/RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. em 8.3.2000, p. 145)

Destarte, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, só poderia ser autorizada com o advento de nova lei

regulamentadora. O Código Brasileiro de Telecomunicações, no que toca à possibilidade de interceptação, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, a partir do momento em que esta vinculou a possibilidade de quebra apenas nos termos que a lei (futura) estabelecesse.

Nessa toada, permite-se concluir que (a) o sigilo, em seu sentido amplo, encontra-se presente desde a Carta de 1891, porém ainda era restrito à correspondência escrita (b) as telecomunicações ganharam os primeiros contornos normativos com o advento da Lei Federal n. 4.117/62 e, por não haver previsão constitucional acerca da garantia fundamental de intimidade e privacidade, tampouco do sigilo das comunicações telefônicas, foi considerada constitucional e amplamente aplicada pelos operadores do Direito (c) após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 01/69, o sigilo das telecomunicações foi posto como absoluto, não recepcionando, por conseguinte, o Código de Telecomunicações, e não sendo permitida qualquer interceptação amparada naquele diploma (d) com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o caráter absoluto foi relativizado, mas tão-somente para fins de investigação criminal e instrução processual penal, dependendo de regulamentação futura, o que só veio a ocorrer em julho de 1996 (e) neste ínterim, mesmo que algumas decisões tenham aceito interceptações telefônicas sob à luz do Código de Telecomunicações, estas eram flagrantemente inconstitucionais, o que acabou sendo pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, não restava outra alternativa a não ser a edição de dita lei regulamentadora.

1.4 A EDIÇÃO DA LEI N. 9.296/96

No Brasil, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas tornou-se corriqueira desde a popularização do telefone, mesmo depois de vedada pela Constituição. Principalmente no período de vácuo legislativo, bastava que a Polícia apresentasse indícios de que a pessoa proprietária da linha telefônica estivesse envolvida num crime, em geral de tráfico de entorpecentes, extorsão e sequestro, para que o Judiciário autorizasse a realização da operação técnica, impropriamente denominada “escuta” ou, vulgarmente, “grampo”.⁹

Também realizavam-se interceptações telefônicas com objetivos políticos. Comprovaram os peritos do Instituto de Criminalística do Distrito Federal que foram

⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 157.

“grampeados” os telefones de um bloco inteiro de prédios da Câmara que serviam de residência a vinte deputados e também os telefones da Central Única dos Trabalhadores em Brasília, suspeitando-se na Polícia e no Ministério Público que tais práticas tenham começado durante as investigações da “CPI do Orçamento”.¹⁰

Avançando nos anos, empresas de assistência técnica e suporte, usados para regulação e teste de aparelhos de telefone celular, “vazaram” e algumas pessoas, possuidoras de tais códigos, começaram a interceptar conversas telefônicas.¹¹

Finalmente, em 24 de julho de 1996 foi publicada o marco regulatório das interceptações telefônicas pós-Constituição de 1988, a qual será objeto de análise profunda neste trabalho:

“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

¹⁰ *O Estado de São Paulo*, de 7.12.1994, sob o título *Comprovada escuta em telefones de deputados*.

¹¹ *O Estado de São Paulo*, de 4.11.1995, sob o título *Denúncia revela grampo de celular*

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial ([Código de Processo Penal, art.10, § 1º](#)) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos [arts. 407, 502](#) ou [538 do Código de Processo Penal](#).

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Logo após a publicação da Lei, a doutrina começou a questionar acerca da abrangência do diploma, especialmente no conceito de “*interceptações telefônicas de qualquer natureza*”, o que rendeu algumas interpretações.

Importante salientar as diferentes formas de interceptação, quais sejam (a) a interceptação telefônica propriamente dita (ou “em sentido estrito”), (b) a escuta telefônica, (c) a gravação clandestina, (d) a interceptação ambiental, (e) a escuta ambiental e (f) a gravação ambiental.

A interceptação telefônica consiste na captação, por um terceiro, da conversa telefônica desenvolvida entre dois interlocutores, sem o consentimento destes (AVOLIO, p. 166).

Na escuta telefônica, por outro lado, há a captação de comunicação telefônica, todavia, com o conhecimento de um dos interlocutores e desconhecimento por parte do outro (GOMES e MACIEL, p. 25).

A gravação clandestina ocorre quando um dos comunicadores grava sua própria conversa sem o consentimento do outro interlocutor (GOMES e MACIEL, p. 25)

Já a interceptação, escuta e gravação ambientais são derivadas das telefônicas, com a única diferença consistente no ambiente de captação. Enquanto nas telefônicas é, por óbvio, por meio do telefone, nas ambientais esta ocorre por colocação de dispositivos no ambiente em que ocorre a conversa (como um microfone em uma sala por exemplo) (GOMES e MACIEL, p. 25)

A divergência doutrinária nasce a partir de quais modalidades estariam amparadas pela nova lei regulamentadora.

Para Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel, tanto a interceptação telefônica, quanto a escuta telefônica, são objetos da Lei, visto que apenas nessas duas hipóteses há comunicação telefônica e um terceiro interceptador.¹²

Já para Vicente Greco Filho, a lei não disciplina a interceptação com o consentimento de um dos interlocutores, porque a gravação clandestina ou ambiental e a interceptação consentida são irregulamentáveis no âmbito do art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, dependendo a sua licitude do “confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário.”¹³

No mesmo norte, Antônio Scarance Fernandes afirma que a lei não abarca a escuta telefônica, mas este meio de prova é permitido quando houver justa causa, ou seja, por força da aplicação do princípio da proporcionalidade, como nos casos de sequestro (gravações de conversas entre sequestradores e familiares da vítima).¹⁴

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a possibilidade de escuta telefônica à luz da Lei n. 9.296/96, acabou por acatar a tese que a aceita, nos seguintes moldes:

"Habeas corpus". Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido. (HC 74678, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, j. em 15.8.1997)

¹² GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*, 2005, p. 7 e ss.

¹⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *A Lei da interceptação telefônica*, Justiça Penal, RT 4/54.

Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova. Precedente. (HC 75261, Rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, j. em 24.6.1997)

Assim sendo, a posição adotada pelo Pretório Excelso parece melhor alinhar o disposto na Lei, uma vez que não faria sentido a expressão “*de qualquer natureza*”, já que a gravação telefônica é derivada da interceptação. Já para as interceptações (e derivadas) ambientais, bem como para a gravação clandestina, a Constituição Federal de 1988 não possibilitou sua produção, por conseguinte, são irregulamentáveis pela Lei.

Fato é que a polêmica em torno da possibilidade, ou não, de quebra do sigilo telefônico restou superada com a publicação da Lei, regulamentando o art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal.

Todavia, como bem alerta Lenio Streck¹⁵, a preocupação não é tanto com a lei, mas com o uso e interpretação que venha a ser dada à lei, até porque, abstratamente, nada significa, sendo seu sentido atribuído dogmaticamente em um segundo momento. Por isso, já dentro do processo de produção de sentido, é preciso chamar a atenção para alguns pontos da lei:

- as interceptações telefônicas dependem de autorização do juiz competente para julgamento da ação principal;
- o procedimento deve tramitar em segredo de justiça;
- o deferimento deve ocorrer apenas quando da reunião de três requisitos autorizadores, quais sejam (a) indícios razoáveis de autoria ou participação na infração (b) a prova não puder ser feita por outro meio e (c) a infração penal cometida ser punida com pena de reclusão;
- a necessidade de fundamentação da decisão que autoriza e prorroga a quebra do sigilo;
- o prazo máximo de 15 (quinze) dias e a possibilidade de prorrogação por igual período;
- a legitimidade da polícia judiciária para proceder a interceptação;
- sempre que a conversa possibilitar gravação, esta deve ocorrer e deverá ser transcrita;

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 37.

- as conversas e transcrições são protegidas por segredo de justiça, mesmo depois de juntados aos autos principais;
- constitui crime a realização de interceptações fora dos limites legais;

Quanto à aplicação das normas contidas na nova lei, assinalam com acerto Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel¹⁶ quando afirmam que esta é composta de normas eminentemente processuais, que não afetam, portanto, de modo direto e imediato, nenhum substancial right referente à liberdade do suspeito, indiciado ou acusado. O princípio válido, assim, para essas normas é o estabelecido no artigo 2º do Código de Processo Penal, isto é, o da aplicação imediata (*tempus regit actum*). Nesse caso, não há que se falar em retroatividade, uma vez que a norma puramente processual não rege o fato criminoso (passado), mas o ato processual (futuro).

No mesmo diapasão, como visto anteriormente, qualquer quebra de sigilo telefônico autorizada antes da publicação da Lei n. 9.296/96 é inconstitucional, uma vez que as normas de caráter processual são prescritas tendo em vista os atos processuais a serem praticados, tornando, assim, incompatível e inconstitucional, qualquer deferimento anterior.

Todavia, com o passar dos anos notou-se a necessidade de aperfeiçoamento e uniformização dos procedimentos atinentes às interceptações telefônicas, principalmente no tocante ao caráter sigiloso do produto resultante da quebra do sigilo, razão pela qual foi editada, pelo Conselho Nacional de Justiça, a Resolução n. 59/2008.

1.5 A RESOLUÇÃO N. 59/2008 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Como bem observam Deivid Kistenmacher e Thaís Vandresen¹⁷, a Resolução de n. 59/2008 do CNJ procurou amenizar as lacunas deixadas pela Lei n. 9.296/96 de forma eficiente, tornando o processo investigatório mais rigoroso, facilitando assim a verificação das responsabilidades frente à banalização do instituto excepcional.

A intenção, portanto, era de uniformizar-se o procedimento e possibilitar a salvaguarda da garantia fundamental de privacidade e intimidade dos indivíduos, o que

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

¹⁷ KISTENMACHER, David e VANDRESEN, Thaís. *A interceptação telefônica e a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas*. Revista da Unifebe. Disponível em www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/2009/artigo029.pdf. Acesso em 30 de maio de 2014

acaba por tomar como confissão da própria invasão estatal nessa esfera, em total afronta à Constituição de 1988.

Assim, datada de 9 de agosto de 2008, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução de n. 59/2008, da qual destacam-se alguns dispositivos:

“Art. 10. Atendidos os requisitos legalmente previstos para deferimento da medida o Magistrado fará constar expressamente em sua decisão:

- I - a indicação da autoridade requerente;
- II - os números dos telefones ou o nome de usuário, e-mail ou outro identificador no caso de interceptação de dados;
- III - o prazo da interceptação;
- IV - a indicação dos titulares dos referidos números;
- V - a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão;

§ 1º Nos casos de formulação de pedido verbal de interceptação (artigo 4º, § 1º, da [Lei nº 9.296/96](#)), o funcionário autorizado pelo magistrado deverá reduzir a termo os pressupostos que autorizem a interceptação, tais como expostos pela autoridade policial ou pelo representante do Ministério Público.

§ 2º A decisão judicial será sempre escrita e fundamentada.

[...]

Art. 12. Recebido o ofício da autoridade judicial a operadora de telefonia deverá confirmar com o Juízo os números cuja efetivação fora deferida e a data em que efetivada a interceptação, para fins do controle judicial do prazo.

§1º Semestralmente as operadoras indicarão em ofício a ser enviado à Corregedoria Nacional de Justiça os nomes das pessoas, com a indicação dos respectivos registros funcionais, que por força de suas atribuições, têm conhecimento de medidas de interceptações telefônicas deferidas, bem como os dos responsáveis pela operacionalização das medidas, arquivando-se referido ofício em pasta própria na Corregedoria Nacional.

§2º Sempre que houver alteração do quadro de pessoal, será atualizada a referida relação.

Art. 13. omissis

§ 1º Não será admitido pedido de prorrogação de prazo de medida cautelar de interceptação de comunicação telefônica, telemática ou de informática durante o plantão judiciário, ressalvada a hipótese de risco iminente e grave à integridade ou à vida de terceiros, bem como durante o Plantão de Recesso previsto artigo 62 da [Lei nº 5.010/66](#).

Art. 14. Quando da formulação de eventual pedido de prorrogação de prazo pela autoridade competente, deverão ser apresentados os áudios (CD/DVD) com o inteiro teor das comunicações interceptadas, as transcrições das conversas relevantes à apreciação do pedido de prorrogação e o relatório circunstanciado das investigações com seu resultado.

§ 1º Sempre que possível os áudios, as transcrições das conversas relevantes à apreciação do pedido de prorrogação e os relatórios serão gravados de forma sigilosa encriptados com chaves definidas pelo Magistrado condutor do processo criminal.

§ 2º Os documentos acima referidos serão entregues pessoalmente pela autoridade responsável pela investigação ou seu representante, expressamente autorizado, ao Magistrado competente ou ao servidor por ele indicado.

[...]

Art. 16. No recebimento, movimentação e guarda de feitos e documentos sigilosos, as unidades do Poder Judiciário deverão tomar as medidas para que o acesso atenda às cautelas de segurança previstas nesta norma, sendo os servidores responsáveis pelos seus atos na forma da lei.

Parágrafo único. No caso de violação de sigilo de que trata esta Resolução, o magistrado responsável pelo deferimento da medida determinará a imediata apuração dos fatos.

Art. 17. Não será permitido ao magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulamentados por esta Resolução, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente.”

André Ricardo Dias da Silva¹⁸ assinala, com precisão, que o artigo 10 da Resolução obriga o magistrado a inserir em sua decisão os nomes de todas as pessoas que de algum modo tenham contato com o conteúdo da medida excepcional, a saber: autoridades policiais responsáveis pela investigação, funcionários do cartório ou secretaria responsáveis pela tramitação da medida, indicação da autoridade requerente.

E ainda, que medida de controle expressa vem exposta no parágrafo único do artigo 12. Semestralmente as operadoras indicarão, em ofício a ser enviado à Corregedoria Nacional de Justiça, os nomes das pessoas que têm conhecimento de medidas de interceptações telefônicas, bem como dos responsáveis pela operacionalização das medidas. Exige o artigo 18, por sua vez, que o magistrado com competência criminal informe, mensalmente, à Corregedoria Nacional de Justiça, por via eletrônica e em caráter sigiloso, a quantidade de interceptações em andamento.

Ademais, o artigo 14 chama a atenção para a necessidade de apresentação das mídias integrais encriptadas para a análise de eventual pedido de prorrogação, inclusive com as transcrições que embasaram o pedido e o relatório circunstanciado das diligências efetuadas. Outrossim, merecem especial análise os artigos 16 e 17, onde o sigilo de todo o procedimento de interceptação é reafirmado, o que posteriormente será argumento para discussão da (im)possibilidade de utilização de prova emprestada oriundas da quebra de sigilo das comunicações telefônicas.

Nesta toada, percebe-se que a Resolução n. 59/2008 supriu lacuna procedimental das interceptações telefônicas importantíssima e absolutamente necessária para (tentar) coibir eventuais abusos perpetrados por agentes estatais, reafirmando a quebra do sigilo como medida de caráter de exceção, e não regra, salvaguardando garantias fundamentais dos indivíduos, razão pela qual seu texto segue estritamente o estabelecido tanto pela Constituição de 1988 e pela Lei n. 9.296/96.

¹⁸ SILVA, André Ricardo Dias. *O Conselho Nacional de Justiça como órgão uniformizador das atividades de interceptação das comunicações à luz do princípio da proibição das provas ilícitas*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7542. Acesso em 30 de maio de 2014.

As interceptações telefônicas, portanto, após décadas de regulamentação e de consolidação jurisprudencial e doutrinária, apresentam-se permitidas pela Carta Política de 1988 e regulamentadas pela Lei n. 9.296/96 e pela Resolução CNJ n. 59/2008 sendo, assim, um dos institutos de investigação mais regulados em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, a prática demonstra que, mesmo com tamanha regulamentação, a garantia fundamental de privacidade é diariamente atacada, como se verá.

2 O REGIME JURÍDICO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E A RELATIVIZAÇÃO DAS NORMAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

2.1 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 9.296/96

Quando se parte para uma análise mais profunda da Lei n. 9.296/96, logo se percebe que o parágrafo único do art. 1º suscita questão de constitucionalidade:

“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.”

A Constituição Federal de 1988, como colocado anteriormente, prevê a possibilidade de quebra do sigilo telefônico, apenas. O legislador, ao redigir o parágrafo único, acrescentou/estendeu o “fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática” como passível de interceptação, o que dividiu, novamente, a doutrina.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes defendem que, como as regras limitadoras de direito, sobretudo quando excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente, poderia afirmar-se que a previsão de interceptação do fluxo de comunicações, tanto pela informática como pela telemática, é inconstitucional¹⁹.

Na mesma linha, Vicente Greco Filho conclui que o parágrafo único é inconstitucional, visto que não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática²⁰.

Por outro lado, Lenio Streck²¹ afirma não vislumbrar inconstitucionalidade no dispositivo sob comento pois, ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade

¹⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 173.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*, p. 10.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42.

“comunicações telefônicas”, posição corroborada pelo magistério de Luiz Flávio Gomes²² e nas palavras de Damásio de Jesus²³:

“Inclinamo-nos pela constitucionalidade do referido parágrafo único. A Carta Magna, quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de ‘comunicações telefônicas’, não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio, isto é, quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona ‘comunicações telefônicas’, estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de ‘dados’. É o caso do uso do ‘modem’. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, ‘digitar’ e não ‘falar’.”

A redação do parágrafo único é, sob nosso ponto de vista, absolutamente equivocado e inconstitucional, pois ampliou a exceção prevista na Carta Magna, em clara afronta ao princípio *exceptio non sunt amplianda*. Não é papel da Lei Ordinária dar novo sentido à norma constitucional, muito menos ampliar restrição prevista pelo Constituinte. O legislador foi extremamente infeliz ao criar o parágrafo único, negando aplicação ao princípio regente e tornando regra o que a Constituição Federal criou por exceção.

E ainda, com a devida vênia que merecem os defensores da corrente pela constitucionalidade, nota-se uma verdadeira “ginástica hermenêutica” a fim de aceitar a indevida extensão dada pela Carta Magna, mesmo que frente ao princípio da proporcionalidade pois, em um Estado que tem a garantia de privacidade como fundamental, onde um texto constitucional já prevê uma exceção à inviolabilidade de sigilo, não se pode admitir que haja relativização a atender anseios inquisitórios.

O parágrafo único do art. 1º foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, todavia foi reconhecida a ilegitimidade *ad causam* da Associação e o Supremo Tribunal Federal acabou por nunca enfrentar a tese em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

2.2 REQUISITOS AUTORIZADORES DA QUEBRA DE SIGILO

²² GOMES, Luiz Flávio. *Op. Cit.* p. 174-176.

²³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Interceptação de comunicações telefônicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 464-465.

Não obstante, em seu artigo 2º, a Lei n. 9.296/96 traz novo dispositivo que pode ser alvo de discussão. O Legislador, ao invés de criar as hipóteses taxativas passíveis da quebra do sigilo das comunicações telefônicas - e portanto demonstrar que esta é exceção e alinhando-se à Constituição -, criou norma que generaliza o uso das interceptações, utilizando-se de formulação negativa:

“Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.”
(destacado)

Como bem assinala Luiz Francisco Torquato Avolio, “esse ‘método de exclusão’, além de não se revelar de boa técnica legislativa, não se presta aos fins propostos pelo texto constitucional”²⁴.

E merece crítica, novamente, o *modo* como as interceptações telefônicas são tratadas normativamente. Se a Constituição Federal coloca-as como exceção à regra, ainda mais sendo a privacidade uma garantia fundamental do indivíduo, não pode um diploma normativo infraconstitucional colocá-las de uma forma onde a exceção é a oportunidade em que as interceptações não são utilizadas, como faz o artigo 2º da Lei n. 9.296/96.

Posto que tenha adotado redação negativa, o artigo 2º delineia importante ponto inicial para a aferição, por parte do Magistrado, acerca da possibilidade de deferimento, trazendo três restrições à quebra do sigilo de comunicações telefônicas, quais sejam: (a) a falta de indícios da participação na infração, (b) a prova puder ser feita por outro meio e (c) o fato investigado ser punido com pena máxima de detenção.

Lenio Streck²⁵ pontua que merecem elogios os incisos I (ponto a) e II (ponto b), por institucionalizarem os requisitos, respectivamente, do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* como pressupostos para autorização das interceptações.

A falta de indícios da participação resguarda a presunção de inocência,

²⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 182.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 45.

consubstanciada pelo texto constitucional. A presença destes, por outro lado, constitui o lastro probatório mínimo, ou seja, é condição essencial para que exista investigação por meio de interceptações telefônicas (*fumus boni juris*).

Já a segunda proibição blindava a invasão de privacidade, alinhando-se ao princípio *exceptiora non sunt amplianda*, manifestando que a interceptação telefônica é exceção, e não regra.

Alerta Lenio Streck²⁶:

“É aconselhável que se evite a interpretação extensiva da parte final do inciso II do art. 2º, isto porque ‘outros meios disponíveis’ não são os que, materialmente, a autoridade policial tenha à sua disposição, mas sim, *os meios legais-processuais*. Caso contrário, a simples alegação da polícia de que ‘não tem outros meios disponíveis (p.ex. falta de peritos, etc.)’, já seria bastante para o deferimento da escuta, o que, convenhamos, viria, inexoravelmente, a solapar a lei e a Constituição. Isto porque o deferimento de interceptação – qual seja, a autorização para que o Estado invada a privacidade da pessoa – é remédio (amargo) que deve ser administrado, contra o indivíduo e a favor da sociedade, de forme (muito) excepcional.”

De igual modo, afirma João Roberto Parizatto²⁷:

“Se a mesma prova que se pretende produzir com a interceptação de comunicações telefônicas puder se realizar através da oitiva de testemunhas, busca e apreensão de documentos, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos ou de pessoas, através de perícias, enfim, qualquer outro meio de convicção, ou seja, de prova da autoria ou participação de determinada pessoa em alguma infração penal, a interceptação será indeferida, porque a mesma deve se reservar tão-somente a casos excepcionais, de extrema necessidade.”

E, corroborando com a dicção constitucional da interceptação como exceção, e não regra, Lenio Streck²⁸ complementa afirmando que se pelo inciso II do art. 2º não se admite interceptação quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis, “fica claro que o uso da escuta somente poderá ser deferido *por exceção absoluta*, é dizer, quando for *conditio sine qua non* para a apuração da infração” (*periculum in mora*).

Por último, no tocante aos requisitos autorizadores da interceptação, o inciso que deu margem a inúmeras discussões no Poder Judiciário, o qual trata da possibilidade, apenas, de investigar-se crimes punidos com reclusão.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 46-47.

²⁷ PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei 9.296/96*. São Paulo: Editora de Direito, p. 21.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 47.

Sob nosso ponto de vista, a Lei em comento demonstra uma lacuna ao apresentar como passível de interceptação telefônica todo e qualquer crime apenado com reclusão. A este respeito, traz-se à baila, novamente, os ensinamentos do professor Vicente Greco Filho²⁹:

“A possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque é muito ampla. Há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, considerando-se especialmente o 'furor incriminatório' de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada. Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor.”

Assim, compartilha-se da visão do ilustre catedrático, pois o dito “furor incriminatório” leva a uma intervenção máxima do Estado na intimidade do indivíduo, novamente tornando regra o que a Constituição Federal adotou como exceção. Não obstante, ao analisar as decisões indigitadas, percebe-se a perigosa extensão permitida pelos tribunais superiores ao permitir que na mesma denúncia sejam denunciados suspeitos de crimes apenados com detenção, utilizando-se como prova as interceptações telefônicas primitivamente autorizadas em face de investigação de crimes com maior potencial ofensivo.

Na mesma trilha seguem Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes³⁰, ao afirmarem que:

“É evidente o excesso da lei, que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio ilícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e, em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação.”

Todavia, não é o que entende a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores. Para melhor análise, colaciona-se as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

²⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª Ed – versão digital (.epub). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 358.

³⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 174.

“Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido.” (STF. HC 83.515/RS. Rel. Min. Nelson Jobim. Dj 04/03/2005)

“Se, no curso da escuta telefônica – deferida para a apuração de delitos punidos exclusivamente com reclusão – são descobertos outros crimes conexos com aqueles, punidos com detenção, não há porque excluí-los da denúncia, diante da possibilidade de existirem outras provas hábeis a embasar eventual condenação.

Não se pode aceitar a precipitada exclusão desses crimes, pois cabe ao Juiz da causa, ao prolatar a sentença, avaliar a existência dessas provas e decidir sobre condenação, se for o caso, sob pena de configurar-se uma absolvição sumária do acusado, sem motivação para tanto.” (STJ. RHC 13.274/RS. Rel. Min. Gilson Dipp. Dj 29/09/2003)

O Superior Tribunal de Justiça já ofereceu importante precedente contra a possibilidade de investigação de crime punida com pena de detenção, mas que ainda faz parte da corrente minoritária daquele Tribunal:

“De acordo com o entendimento adotado por esta Corte, a interceptação telefônica só é autorizada para apurar a prática de crimes punidos com reclusão e, no caso, o paciente foi investigado e denunciado pela prática de crimes punidos apenas com pena de detenção.” (HC 242.398/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2012)

“Levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção”. Com tal afirmação, o Pretório Excelso, pretenso intérprete e guardião da Constituição, atacou diretamente a norma constitucional e sua regulamentação legal. Se a Carta colocou o sigilo das comunicações telefônicas como regra e a lei regulamentadora impôs o limite da cominação mínima de reclusão, o Poder Judiciário não pode “atropelar” o texto legal, sob pena de afrontar o próprio princípio da separação dos poderes.

Neste caminho, o cotidiano mostra-nos clarividente que, mesmo com as limitações criadas pela legislação, não há obstáculo de fato, pois a jurisprudência acabou por relativizar a proibição do uso irrestrito e irresponsável das interceptações telefônicas, e pior, ao tomar tal atitude, acaba por, reflexamente, entender a exceção (interceptação telefônica) como regra e indo de encontro à Constituição da República.

2.3 QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA, NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E PRAZO DE INTERCEPTAÇÃO

Antes de adentrar-se à análise da necessidade de autorização judicial para o procedimento das interceptações telefônicas, eis o expresso na Lei Federal n. 9.296/96:

“Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º A decisão será fundamentada, *sob pena de nulidade*, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.” (grifado)

Da análise da legislação, depreende-se que a interceptação telefônica, obrigatoriamente, deve prover de autorização judicial, seja deferindo pedido da autoridade policial e/ou do Ministério Público, seja por determinação de ofício do Magistrado. Nesta esteira, e por força do artigo 5º *supra*, o prazo de autorização judicial não deve superar 15 (quinze) dias, renovável por igual período, desde que comprovada a indispensabilidade da prova.

Inicialmente, merece reflexão a (im)possibilidade de iniciar-se interceptação telefônica com base em denúncia anônima.

Argumenta Fernando da Costa Tourinho Filho³¹ que caso se admitisse a *delatio* anônima, à semelhança do que ocorria ao tempo da *inquisitio extra ordinem*, a sociedade viveria em grande sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento.

No que toca às interceptações telefônicas, Luiz Francisco Torquato Avolio³²

³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1, p. 216 e ss.

³² AVOLIO, Luiz Francisco. *Op. Cit.* P. 186

conclui:

“Assim, se constitui requisito fundamental para deferimento da própria medida de interceptação telefônica a existência de razoáveis indícios de autoria da prática de infração penal, desencadear a investigação policial ou o processo penal com a base, tão somente, em escrito apócrifo ou comunicação anônima constitui rematada ilegalidade (senão condenável arbitrariedade), que torna a prova produzida ilegítima e as eventuais provas dela decorrentes ilícitas por derivação, impondo-se o trancamento do inquérito ou a nulidade do processo penal.”

Felizmente, a jurisprudência tem oferecido importantes lições e sedimentado grandes precedentes corroborando a tese da impossibilidade de indeferimento da quebra de sigilo telefônico a partir de denúncia anônima, conforme se infere dos julgados abaixo selecionados:

“A interceptação telefônica é subsidiária e excepcional, só podendo ser determinada quando não houver outro meio para se apurar os fatos tidos por criminosos, nos termos do art. 2º, inc. II, da Lei n. 9.296/1996. Precedente. 3. Ordem concedida para se declarar a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas, em razão da ilegalidade das autorizações, e a nulidade das decisões judiciais que as decretaram amparadas apenas na denúncia anônima, sem investigação preliminar.” (STF. HC 108147, Rel. Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012)

“Na hipótese em apreço, constata-se que a comunicação anônima foi o único dado que serviu para embasar a interceptação telefônica autorizada judicialmente, que ensejou as quebras de sigilos de outros terminais, bem como as prorrogações posteriores, inexistindo a realização de diligências prévias à medida constritiva extrema.

Evidente a flagrante ilegalidade, visto que, em decorrência da suposta prática de tráfico de entorpecentes e associação, a quebra do sigilo, a prisão, a denúncia e a condenação do paciente estão intimamente amparadas nos informes apócrifos recebidos pela autoridade policial, que não se esmerou em realizar procedimentos investigatórios preliminares, antes da requisição da interceptação telefônica.” (STJ. HC 229.205/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 08/04/2014)

Nesta toada, corroborando o posto pela doutrina e amplamente aceito pela jurisprudência, tem-se que as interceptações telefônicas não podem ser autorizadas com base exclusivamente em denúncia anônima, devendo ser precedida de, no mínimo, outras diligências a fim de aferir os possíveis indícios de autoria e a possibilidade de produzir a prova por outros meios, conforme preceitua o art. 2º da Lei n. 9.296/96.

Igualmente, no tocante à necessidade de autorização judicial do juiz competente,

bem colocam Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel³³:

“A Lei 9.296/96, em obediência à Constituição Federal e no mesmo passo da maioria das legislações estrangeiras, conferiu exclusivamente ao juiz o poder de determinar a interceptação telefônica. Logo, não pode fazê-lo a autoridade policial ou o Ministério Público. E não é só: não é qualquer juiz, senão o competente para a ação principal.”

O juiz, que deverá ser o mesmo competente para julgamento da ação principal, deverá, ao analisar o pedido de quebra do sigilo das comunicações telefônicas, ou de sua prorrogação, fazer uma avaliação da necessidade da realização da interceptação, sendo que, para tanto, deverá ter em mente que a interceptação – portanto a quebra da privacidade – é a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais da coletividade e da defesa da ordem jurídica.

Dito de outro modo, parafraseando a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, o juiz, quando da apreciação do pedido de interceptação, deve observar se a escuta/interceptação é o meio adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado, qual seja, a produção da prova criminal. Esse meio será adequado quando com o seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado, será necessária a escuta quando não há outro meio para a realização da prova, igualmente eficaz, mas que não limite ou limite de maneira menos sensível o direito fundamental do cidadão (STRECK, p. 67).

É dessa análise, por exemplo, que o juiz pode reconhecer não estarem presentes os requisitos e pressupostos de cabimento da interceptação (GOMES e MACIEL, p. 137)

Outrossim, a falta de dita autorização judicial ou, na presença desta, sem a devida fundamentação, ou até a interceptação em período não autorizado, é causa de ilicitude da prova produzida, contaminando tudo que dela advir.

A Suprema Corte Americana adotou a teoria do *fruits of the poisonous tree*, importada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão louvável:

“PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, “NAS HIPÓTESES E NA FORMA” POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER

³³ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Op. Cit.* P. 136.

IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.” (STF. HC 69.912/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Publicado em 25/3/94.)

Hodiernamente, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina aplicou a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, face à ausência de autorização, para o procedimento de interceptações telefônicas:

“APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006) E LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, I, DA LEI N. 9.613/1998). RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL. ILEGALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS RECONHECIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, PORQUE REALIZADAS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO. OCORRÊNCIA. TEORIA DOS “FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA”. APLICAÇÃO. INVESTIGAÇÃO POLICIAL REALIZADA EXCLUSIVAMENTE COM BASE NAS ESCUTAS TELEFÔNICAS ILEGAIS, RESULTANDO NA PRISÃO EM FLAGRANTE DOS RÉUS. ELEMENTOS PROBATÓRIOS CONSIDERADOS INVÁLIDOS. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS AUTÔNOMAS APTAS A DEMONSTRAR A MATERIALIDADE E A AUTORIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL CONFIGURADA. PREFACIAL ACOLHIDA. NULIDADE DO FEITO DECLARADA. DENÚNCIA REJEITADA (ART. 395, III, CPP). RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS. RECURSOS PREJUDICADOS NAS DEMAIS MATÉRIAS.” (TJSC. AC 2008.011673-0. Rel. Des. Newton Varella. Julgado em 1/6/2010)

Acerca da *quaestio juris*, esclarece Eugênio Pacelli de Oliveira³⁴:

“Na realidade, a vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada. No primeiro caso, a afetação (o resultado) do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto, no segundo, não, disso resultando uma violação indevida daqueles valores.”

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 296.

Ainda, no dia-a-dia forense, acompanha-se com preocupação o deferimento de sucessivas prorrogações sem fundamentação robusta por parte das unidades judicantes e, pior, a jurisprudência não-uniforme quanto à comprovação da necessidade de prorrogação dentro do Superior Tribunal de Justiça

A Lei n. 9.296/96, em seu art. 5º, é expressa ao afirmar que a interceptação “*não* poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual uma vez comprovada a *indispensabilidade do meio de prova*”.

O prazo estipulado por lei diz respeito ao limite máximo, podendo ser autorizada interceptação em lapso menor, tendo como data inicial o dia em se iniciou a “devassa” ou “ingerência” (GOMES e MACIEL, p. 164). Caso haja necessidade de renovação, o pedido deverá ser apresentado antes do término do deferimento inicial.

A primeira indagação que se põe é: Em havendo lacuna entre o último dia do primeiro período de interceptação e o primeiro dia do segundo período, a quebra do sigilo deve ser interrompida? Qual o tratamento deve ser dado a prova colhida nesse interim?

O Superior Tribunal de Justiça, em acertada decisão, pacificou entendimento:

“Eventual nulidade da interceptação telefônica por breve período (7 dias), por falta de autorização judicial, não há de macular todo o conjunto probatório colhido anteriormente ou posteriormente de forma absolutamente legal; todavia, a prova obtida nesse período deve ser desentranhada dos autos e desconsiderada pelo Juízo.” (HC 152.092/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 8.6.2010)

Porém, a maior divergência encontra-se na (im)possibilidade de sucessivas prorrogações, pois a expressão “*renovável por igual período*” levanta correntes interpretativas diversas. Ilustrando tal oposição, colaciona-se os seguintes julgados:

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC

109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. "

3. No caso, inexistente ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

4. A decisão que deferiu a primeira interceptação telefônica, bemcomo as que prorrogaram por seis vezes a diligência, evidenciou a existência de indícios de participação em infrações penais punidas com reclusão e a necessidade da medida, dada a imprescindibilidade da providência cautelar para o prosseguimento das investigações, porque não se poderia apurar a conduta criminosa de outra maneira, reportando-se a representação da autoridade policial, nos exatos termos do art. 2.^o Lei n.^o 9.296/96. Tais considerações são suficientes para justificar a autorização de escuta telefônica, em observância ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

5. Desnecessário apresentar outros motivos para se prorrogar a interceptação telefônica, além da necessidade de continuar o monitoramento para a solução das investigações, bastando fazer referência à fundamentação exposta no primeiro deferimento da diligência. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

6. A Lei n.^o 9.296/96 não limita a diligência a um único período, sendo certo que tal interpretação inviabilizaria investigações complexas, como na espécie. A interceptação das comunicações telefônicas perdurou pelo tempo necessário para a elucidação da trama criminosa, sendo as decisões que prorrogaram o monitoramento devidamente motivadas na necessidade de amealhar indícios imprescindíveis da participação de cada um dos envolvidos nos crimes apurados, em face da complexidade da atuação da quadrilha, sem qualquer constrangimento ilegal.

7. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte e do Supremo Tribunal Federal: "Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação." (RHC 85.575/SP, 2.^a Turma, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 16/03/2007.)

8. Habeas corpus não conhecido." (STJ. HC 130.818/SP. Rel. Min^a. Laurita Vaz. Julgado em 20/09/2012.)

"É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5.^o, caput, da Lei 9.296/1996" (STF. HC 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim).

Opondo-se a tal entendimento, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

"Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".

2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.

4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).

5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.

6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.” (grifado) (STJ. HC 76.686/PR. Rel. Min. Nilson Naves. Dje 10/11/2008)

De plano, verifica-se a total discrepância na interpretação acerca da prorrogação das interceptações telefônicas. Não bastasse o fato que ambas foram exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça, pretendo pacificador da jurisprudência, há uma total inversão de valores e da carga in dubio pro reo.

Damásio de Jesus³⁵, Vicente Greco Filho³⁶ e Antônio Scarance Fernandes³⁷ entendem pela prorrogação quantas vezes forem necessárias, desde que cada período não extrapole o prazo de 15 (quinze) dias e que as decisões de autorização e prorrogação sejam devidamente fundamentadas.

Por outro lado, alinhamo-nos à última decisão citada, na qual visualiza-se a blindagem do indivíduo face à relativização de seu direito fundamental à privacidade e à intimidade. Como bem trata o acórdão, a Lei é explícita e não permite sucessivas prorrogações, portanto é imperioso que a prova oriunda de interceptação telefônica sem a devida autorização judicial ou, quando autorizada por período superior ao fixado em Lei sob a afirmação que é permitida a sucessiva prorrogação, deve ser reputada ilícita e, por conseguinte, imprestável ao processo penal, devendo ser devolvida ao Magistrado que autorizou a interceptação, como perfeitamente analisou o aresto indigitado.

Na mesma linha segue Geraldo Prado³⁸:

³⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Interceptação das comunicações telefônicas*, RT 735, p. 458-473.

³⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. P. 31.

³⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *A lei de interceptação telefônica*. P. 59.

³⁸ PRADO, Geraldo. *Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de*

“A decisão do Superior Tribunal de Justiça afirma que a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos e o prazo de duração da interceptação deve ser avaliado pelo juiz da causa, considerando os relatórios apresentados pela polícia. Ora, aceitar como no acórdão a violação ao sigilo das comunicações telefônicas por mais de sessenta dias configura contra-senso em comparação com a mesma medida em defesa da Constituição da República, em caráter excepcional. Supor que o mais grave estado de instabilidade social deve ser tratado com medidas mais brandas que as dirigidas ao controle da criminalidade comum, ainda que envolvida em crimes violentos, praticados por organizações criminosas ou contra a ordem econômica, não é razoável!”

Assim, não há como coadunar com a tese de prerrogações infundáveis de interceptações telefônicas. Novamente a quebra de sigilo não é vista como exceção à regra de inviolabilidade, como prevê a Constituição Federal, o que avassala a privacidade.

2.4 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS EM COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's) receberam, da Constituição Federal de 1988, poderes investigatórios próprios de autoridade judicial, como se percebe:

“Art. 58 omissis

[...]

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos autos do MS 23.452/RJ, relator Min. Celso de Mello, ofereceu importante lição acerca da delimitação dos citados “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”:

“A Constituição da República, ao outorgar às Comissões Parlamentares de Inquérito ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’ (art. 58, § 3º), claramente delimitou a natureza de suas atribuições institucionais, restringindo-as, unicamente, ao campo da indagação probatória, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais, inclusive aquelas que

decorrem do poder geral de cautela conferido aos juízos, como o poder de decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes a pessoas sujeitas à investigação parlamentar.”

Portanto, partindo-se da premissa já estabelecida que a quebra do sigilo das comunicações telefônicas é medida de caráter excepcional e dependente de autorização judicial fundamentada, pode-se concluir, assim como Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel³⁹, que as CPI’s não podem autorizar interceptações telefônicas, uma vez que o art. 5º, XII da CF/88, expressamente, exige ordem judicial para o ato (assim como não podem decretar prisão preventiva e temporária), por força do princípio da reserva da jurisdição.

Entretanto, no mesmo julgamento do Pretório Excelso, a conclusão foi diversa:

“O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) - ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política - não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). - As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal. - O caráter privilegiado das relações Advogado-cliente: a questão do sigilo profissional do Advogado, enquanto depositário de informações confidenciais resultantes de suas relações com o cliente.” (MS 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello)

A decisão acabou por criar perigoso precedente no qual, uma vez mais, o caráter de exceção à regra foi subjugado tendo como base o “princípio-que-tudo-resolve” da proporcionalidade. Novamente se põe: se a CF/1988 alçou o sigilo das comunicações telefônicas como garantia fundamental do indivíduo e, ainda, abriu possibilidades à sua quebra, “nos termos em que a lei estabelecer”, como pode a jurisprudência relativizá-lo com hipóteses absolutamente ilegais?

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*, p. 138.

Ainda que ocorra em pequena escala a interceptação telefônica por autorização de Comissão Parlamentar de Inquérito, a jurisprudência ampara tal pretensão e permite que as provas dela advinda sejam utilizadas para condenação no processo penal, o que traz insegurança jurídica e permite afronta ao princípio da separação dos poderes e à garantia fundamental da privacidade.

Porém, para surpresa generalizada, o próprio Supremo Tribunal Federal, posteriormente, assentou entendimento no sentido de ser inadmissível o requerimento direto da CPI às operadoras de telefonia para apresentação de dados provenientes do sigilo telefônico, em profunda contradição com o anteriormente decidido:

“Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI. Prova. Interceptação telefônica. Decisão judicial. Sigilo judicial. Segredo de justiça. Quebra. Requisição, às operadoras, de cópias das ordens judiciais e dos mandados de interceptação. Inadmissibilidade. Poder que não tem caráter instrutório ou de investigação.” (STF. MC em MS 27.483/DF, rel. Min. Cezar Peluso)

Certo é que a leitura combinada da Constituição e da legislação regulamentadora permite concluir pela inadmissibilidade de interceptação telefônica autorizada por Comissão Parlamentar de Inquérito, a despeito do já decidido pelo STF, pois o comando constitucional remete à possibilidade de quebra do sigilo à lei regulamentadora, que por sua vez vincula-a apenas à autorização judicial fundamentada, não abarcando, sob qualquer hipótese ou “ginástica hermenêutica” a Comissão Parlamentar de Inquérito, por não possuir poderes próprios do juiz, especialmente o de deferir medida de interceptação telefônica.

2.5 AUTORIZAÇÃO EX OFFICIO DE INTERCEPTAÇÃO POR PARTE DO JUIZ

Outro ponto que é extenuante de questionamentos é a possibilidade de concessão ex officio, de interceptação telefônica, por parte do magistrado competente, como autoriza o artigo 3º da Lei n. 9.296/96:

“Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento [...]”

Lenio Streck⁴⁰ aponta que “tal previsão ofende os mais mezinhos princípios processuais”. E não à toa. A gestão da prova por parte do magistrado fere de morte o princípio acusatório ao transpassar o próprio Ministério Público ou a autoridade policial acerca da necessidade da medida em caráter excepcional.

Outro não é o posicionamento de Paulo Rangel⁴¹:

“O Juiz não deve conceder de ofício a medida cautelar preparatória, pois esta deverá ser requerida pelo Ministério Público (*dominus litis*) ou mediante representação da autoridade policial, pois, pelo sistema acusatório, adotado entre nós, o Juiz foi afastado da persecução penal.”

Como enfatiza Luigi Ferrajoli⁴², o sistema acusatório é demarcado pela rígida separação entre juiz e acusador, a paridade de armas e a gestão da prova pelas partes. Por outro lado, o sistema inquisitório é caracterizado pela iniciativa probatória do juiz, o caráter sigiloso e muitas vezes secreto da instrução processual e a grande disparidade de armas entre acusação e defesa.

Em nosso ordenamento, é possível aferir, a partir da leitura da Constituição Federal de 1988 que, dentre as atribuições e competências do juiz, em nenhum momento vislumbra-se a de tomar a iniciativa das provas ou de fazer a gestão destas.

Portanto, se a privacidade é protegida pelo texto constitucional como garantia fundamental e toda quebra deverá ser antes deferida pelo juiz ante um pedido, é evidente que essa ordem não pode ser quebrada para permitir que o juiz vá em busca dessa justa causa. Não é tarefa dele encontrar o *fumus boni juris* (*fumus comissi delicti*), o *periculum in mora* ou, em suma, investigar (GOMES e MACIEL, p. 144).

Conclui-se portanto, que a possibilidade de determinação *ex officio* por parte do juiz de interceptação telefônica é inconstitucional, porque viola o sistema acusatório, insculpido em nossa Constituição Federal, atuando como gestor da prova, buscando meios para condenação, em clara afronta à presunção de inocência e paridade de armas.

Neste mesmo norte, foi proposta, pelo Procurador-Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.450, a qual pende de julgamento, contando já com parecer ministerial pela procedência do pedido, resta aguardar.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. P. 65.

⁴¹ RANGEL, Paulo. *Breves considerações sobre a Lei 9.296/96*, disponível em <http://jus.com.br/artigos/195/breves-consideracoes-sobre-a-lei-9296-96-interceptacao-telefonica>. Acesso em 01/06/2014

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1990, p. 574 e ss.

2.6 ENCONTRO FORTUITO EM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Nesta matéria, é fundamental a vinculação causal que a prova obtida deve ter, exigindo, portanto, uma decisão judicial fundamentada autorizando-a. Nessa trilha, expõe Aury Lopes Júnior⁴³:

“Inicialmente, é preciso compreender que o ato judicial que autoriza, por exemplo, a obtenção de informações bancárias, fiscais ou telefônicas – com o sacrifício do direito fundamental respectivo – é plenamente vinculado e limitado. Há todo um contexto jurídico e fático necessário para legitimar a medida que institui uma “especialidade” da medida. Ou seja, a excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia limitada de seus efeitos e, mais ainda, uma vinculação àquele processo. Trata-se de uma vinculação causal, onde a autorização judicial para a obtenção da prova naturalmente vincula a utilização naquele processo (e em relação àquele caso penal), sendo assim, ao mesmo tempo, vinculada e vinculante.”

A decisão judicial que autoriza a medida cautelar para a asseguuração da aplicação da lei penal, relativizando o direito fundamental em questão ao visar a obtenção da prova que será adquirida a posteriori, não apenas vincula ao pedido, em uma clara apresentação do sistema penal acusatório, como também ao material colhido, no caso a prova obtida também é vinculada à decisão, “a busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra do sigilo bancário, fiscal, etc., está restrita a apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial” (LOPES JR., p. 554).

O Processo Penal nada mais é do que um instrumento de retrospectção, ou seja, de reconstrução aproximativa de algo acontecido em um determinado momento e, neste ínterim, as provas são justamente os meios pelos quais se fará tal reconstrução, ao afirmar, a prova, um fato ocorrido no passado (LOPES JR., p. 505).

Noutro norte, a prova encontrada em desconformidade com o ato judicial que autorizou a medida cautelar, ou seja, fora do objeto de investigação, é a considerada prova fortuita, gerando o encontro fortuito de provas.

Como bem coloca Matheus do Valle Gallina⁴⁴:

“Outro deslize que não se pode admitir no tocante a investigação mediante uma medida cautelar no Processo Penal, como uma busca e apreensão, por exemplo, é o abuso de poder de polícia ao exercer o cumprimento da medida judicial determinada. Pacelli (2004, p. 363-364) exemplifica de forma magistral, quando uma busca e apreensão para animais

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 553.

⁴⁴ GALLINA, Matheus do Valle. *Valor probatório da prova descoberta fortuitamente no processo penal*, p. 9-p.

silvestres em uma localidade, acaba por desencadear uma ação em desconformidade para com o objetivo do ato judicial, onde os policiais começaram a revirar gavetas, armários, entre outros móveis do local, com o intuito de encontrar outras provas não condizentes com a fundamentação do pedido – haja vista que não há sentido em vasculhar gavetas sendo que a medida tinha a intenção de apreender os animais silvestres em questão.”

O Princípio da Especialidade da prova, então, é a característica de vinculação e respeito às regras anteriores que ensejaram a medida cautelar visando acabar com as ingerências no processo penal e nos inquéritos policiais, havendo, assim sendo, uma obrigatoriedade na observância nos requisitos supramencionados que geraram tal autorização do mandado com a fundamentação do juiz que acabou por criá-lo.

A Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, determina que o magistrado fundamente as suas decisões no processo, principalmente aquelas que limitem garantias e liberdades individuais protegidas pela mesma – portanto, justamente nas medidas cautelares e com total ligação com o Princípio da Especialidade da prova. Assim, Pitombo⁴⁵ conceitua:

“A decisão que determina a entrada em casa alheia precisa demonstrar os motivos de fato e de direito que justifiquem, assim, atendendo ao interesse individual e coletivo. Com efeito, considerando-se a função social e política do processo penal, todos os membros da comunhão social, impessoalmente, considerados, por igual, guardam o direito de saber as razões do ato decisório.”

Tal princípio está situado em uma linha de tensão com a transferência de provas, questão que gera discussão recorrente no campo do direito penal econômico, com órgãos estatais como o BACEN e a Receita Federal fazendo intercâmbio de provas e documentos, consoante Aury Lopes Júnior (p. 555). O autor ainda trata:

“A vinculação causal da prova (especialidade) é decorrência natural da adoção de um processo penal minimamente evoluído, como forma de recusa ao substancialismo inquisitorial, e as investigações abertas e indeterminadas. Como decidiu o Tribunal Supremo da Espanha, em 03/10/1996, interpretando o art. 579 da LECrim, que disciplina a interceptação telefônica, “rige el llamado principio de especialidad, que justifica La intervención solo al delito *investigado*”. Outro não pode ser o tratamento da prova que – por limitar direitos fundamentais – exige e impõe a reserva de jurisdição como garantia (e limite ao exercício do poder. Daí porque o problema situa-se, a nosso juízo, numa dimensão muito mais profunda. Quando se desvia o foco da investigação de um fato certo e determinado para abranger qualquer tipo de ilícito que

⁴⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca e da apreensão no processo penal. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

eventualmente tenha praticado o réu, opera-se no campo do substancialismo inquisitorial.”

Nesta questão, o autor comenta, levantando a hipótese da fraude nas conexões, haja vista a clara abertura no conceito de conexão do Código de Processo Penal, o que pode acarretar em abusos, relativizando o Princípio da Especialidade da prova:

“O critério do “crime conexo” até poderia ser adotado, para permitir que a prova obtida a partir do desvio causal seja admitida desde que se referia a um crime conexo àquele que motivou o ato probatório (busca e apreensão, interceptação telefônica, etc.). Contudo, o problema passa a ser o seguinte: o que se pode entender por “crime conexo”, especificamente nessa matéria de especialidade da prova? Serve a sistemática do art. 76 do CPP? Se considerarmos que a conexão implica reunião das infrações penais para julgamento simultâneo, a prova passará a integrar o mesmo processo. Logo, se o caso penal de determinado processo é composto por dois crimes conexos, ainda que a medida probatória restritiva de direitos fundamentais seja determinada para apurar apenas um dos crimes, é inevitável que o material probatório ingresso no processo regido pelo princípio da comunhão da prova, de modo que passará a ser “prova do processo”, podendo ser utilizada por ambas as partes e em relação a todos os fatos lá apurados. Nossa restrição diz respeito à abertura do conceito de “conexão” na sistemática do CPP e aos eventuais abusos a que pode – essa abertura – dar azo. (...) As regras de conexão podem ser admitidas como forma de relativizar o princípio da especialidade da prova, mas exigem sempre uma leitura restritiva desse conceito, bem como a demonstração da real existência dos elementos que a compõe. O que não se pode tolerar é a fraude de etiquetas, onde a conexão é engendrada para permitir o desvio da vinculação causal imposta pelo princípio da especialidade.”

Quanto analisa-se o tema à luz das interceptações telefônicas, bem ilustram Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel⁴⁶ que podem haver quatro situações:

- a) É autorizada interceptação para apuração de determinado crime, praticado por determinada pessoa (ou determinadas pessoas) e são descobertos outros crimes praticados por essa mesma pessoa (ou mesmas pessoas);
- b) É autorizada interceptação para apuração de determinado crime, praticado por determinada pessoa; é descoberto não apenas o crime pretendido, mas o envolvimento de outras pessoas, coautoras ou partícipes desse crime (continência);
- c) É autorizada interceptação para apuração de determinados crimes, praticados por determinada pessoa; são descobertos apenas os crimes pretendidos, mas o

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*, p. 111-112.

envolvimento de outras pessoas, coautoras ou partícipes dessas mesmas infrações (ou de algumas delas) (conexão ou continência);

- d) É autorizada interceptação para apuração de determinado crime, praticado por determinada pessoa; é descoberto outro crime praticado por outra pessoa (que eventualmente utilizou a linha telefônica interceptada) ou outros crimes praticados por outras pessoas.

Como bem colocam os autores⁴⁷, o que se espera é a “identidade” (“congruência”) entre o fato e o sujeito passivo indicados na decisão e o fato e o sujeito passivo efetivamente investigados (congruência entre o que se procura investigar e o que efetivamente foi encontrado). Na eventualidade de que haja discordância (com desvio, portanto, do princípio da identidade ou da congruência), impõe-se a imediata comunicação de tudo ao juiz (princípio do controle judicial), para que se delibere a respeito.

Todavia, a pesquisa mostra-nos, novamente, a relativização das normas positivadas, e até do próprio sistema acusatório, por parte da jurisprudência:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção.

2. Agravo Regimental desprovido.” (grifado)

(STF. AI 626.214/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Dje. 08/10/2010)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO.

I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*, p. 112.

demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita.

II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa.

Habeas corpus denegado.” (STJ. HC 69.552/PR. Rel. Min. Felix Fischer. julgado em 06/02/2007)

A grande crítica que se faz é a inversão da interpretação no julgado. A exigência de demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, por mais que não esteja escrito, é da quebra de sigilo derivado direto. A privacidade, como visto, é garantia fundamental do indivíduo e assim qualquer leitura e interpretação dada a normas que dela tratem deve ser realizada restritivamente, o que não ocorre com as decisões que procuram os obstáculos (ao invés de procurarem pelas permissões) para admissibilidade de provas no processo penal.

A “prova” encontra então, deve basear-se para a apresentação de *notitia criminis*, a qual dará azo a uma nova investigação, perseguindo, assim, o correto caminho da investigação criminal e, posteriormente, da instrução processual penal.

A conclusão de Luiz Francisco Torquato Avolio⁴⁸ parece a mais sensata:

“Concordo com a utilização da matéria que envolve hipóteses de conexão e continência, mas tenho forte restrição em relação ao material que destoa do objeto da investigação, pois não é porque foi encontrado no curso de interceptação lícita que a notícia-crime pode ser reputada lícita, eis que nada justificaria utilizar-se indiscriminadamente da autorização judicial concedida para investigação com relação a terceiros e situações diversas.”

Assim, o que se deve ter em foco é a impossibilidade de utilização ampliativa de uma autorização judicial vinculada como é a da quebra de sigilo das comunicações telefônicas, a fim de não abrir janela capaz de utilizar-se qualquer tipo de “prova” encontrada fortuitamente no processo penal, o que acarretaria em banalização de um instrumento como o das interceptações telefônicas que, frise-se, são exceção à regra da garantia fundamental de privacidade.

⁴⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*, p. 189.

2.7 PROVA EMPRESTADA EM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

É cediço que a prova deve conter o pressuposto da vinculação causal com o delito investigado, ou seja, o conjunto probatório deve ser colhido tendo em vista a suposta prática de determinada conduta.

No caso das interceptações telefônicas, as provas oriundas das gravações, para que contemplem a fundamentação de sentença condenatória, devem ser aquelas que contém o vínculo causal com os crimes cujos indícios foram demonstrados na exordial do pedido de quebra do sigilo, e apenas a eles, pois o ato judicial que autoriza a medida é vinculado e limitado. Deve-se demonstrar todo o contexto fático-probatório que culmina no pedido de quebra do sigilo. Com efeito, preceitua o professor Aury Lopes Júnior⁴⁹:

“Essa decisão, ao mesmo tempo em que está vinculada ao pedido (imposição do sistema acusatório), é vinculante em relação ao material colhido, pois a busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra do sigilo bancário, fiscal etc., está restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial.”

No mesmo sentido, ilustra Alexandre Moraes da Rosa⁵⁰:

“No caso de compartilhamento, modalidade de prova emprestada, via encontro fortuito, necessária a verificação do liame probatório e da possibilidade excepcional de sua validação democrática, quase sempre impossível.”

Importante lição nos dá o saudoso Ministro Luiz Ernesto Cernicchiaro⁵¹:

“Toda investigação de prova, obrigatoriamente, passa, insista-se, pelo crivo do contraditório. Em consequência, a parte precisa ser cientificada da indicação, produção e autorizada a assistir a coleta. Só assim, ter-se-á o princípio realizado substancialmente. Além disso, a parte pode participar dessa atividade, sendo-lhe consentida, por exemplo, reinquirir testemunhas, acompanhar diligências, sugerir quesitos para a perícia. A prova, portanto, é regulada pelo Direito, que, no dizer de Franco Cordero, fixa as condições de admissibilidade e o modo de formação. A prova recolhida em um processo não pode, como tal, ser utilizada em outro. Um processo não transfere (empresta) a prova para outro... A prova emprestada, portanto, é apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova. A distinção não é meramente acadêmica. Como toda prova urge passar pelo contraditório; a parte tem direito à produção *secundum ius*. Efeito prático: se assim não ocorrer, cumpre ser repelida, sob pena de invalidade: contrasta com o devido processo legal... O leigo, tantas vezes, não compreende as normas jurídicas. Tem-na como excessivamente formalista,

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 585.

⁵⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 149.

⁵¹ CERNICCHIARO, Luiz Ernesto. *Correio Braziliense*, publicado em 2.9.1996.

dificultando a conclusão do processo. Assim o é por não perceber que atrás de um dispositivo legal (notadamente constitucional -sentido restrito) está presente um valor, penosamente conquistado no passar dos séculos. Em poucas palavras: empresta-se o fato. A prova, não. Há de ser colhida conforme o ritual jurídico para determinado processo"

Neste mote, acredita-se ser impossível a utilização de prova emprestada oriundas de interceptações telefônicas, pois ausente a vinculação causal da prova. Ou seja, como a decisão é vinculada e limitada, não se poderia admitir que uma prova obtida da forma e com os pressupostos diversos daqueles embaixadores da autorização pudesse ser utilizada livremente no Processo Penal, como bem coloca Ada Pellegrini Grinover⁵²:

“E é importante salientar que o princípio da ineficácia das provas que não sejam colhidas em contraditório não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas: exige-se, isso sim, que seja posta em condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve.”

E já houve oportunidade na qual o Supremo Tribunal Federal entendeu pela precariedade da prova emprestada:

“A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório, embora admissível, e questionável a sua eficácia jurídica.” (HC 67.707/RS, Primeira Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 14.8.92)

Todavia, não é o que entende o Superior Tribunal de Justiça, conforme a seguinte manifestação:

“PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO SEGUIDA DE MORTE – INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA REQUERIDA EM ALEGAÇÕES FINAIS – REITERAÇÃO DE PEDIDO – NÃO-CONHECIMENTO – UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – POSSIBILIDADE – CONDENAÇÃO AMPARADA EM VASTO CONTEÚDO PROBATÓRIO PRODUZIDO PERANTE O JUÍZO DA CAUSA – OPORTUNIZADA À DEFESA A POSSIBILIDADE DE SE MANIFESTAR SOBRE A PROVA EMPRESTADA – AUSÊNCIA DE QUALQUER MÁCULA – PROVA PRODUZIDA POR DETERMINAÇÃO DE OUTRO JUÍZO BUSCANDO APURAR CRIME DIVERSO – INTERCEPTAÇÕES DEVIDAMENTE AUTORIZADAS CUJO ALVO ERA O PRÓPRIO AGENTE – PROVA LÍCITA – AUSÊNCIA DE ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO – PROVAS INSUFICIENTES PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO – ESTREITA VIA DO WRIT – PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO,

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova emprestada*, RBCCrim, n. 4, p. 63.

DENEGADA A ORDEM.

1. Tratando-se de reiteração de pedido também deduzido em outro writ (HC 91.781/ SP), a tese segundo a qual o Magistrado de 1º Grau indeferiu diligências imprescindíveis à defesa não comporta conhecimento. Precedentes.

2. *É possível a utilização de prova emprestada no processo penal, desde que ambas as partes dela tenham ciência e que sobre ela seja possibilitado o exercício do contraditório. Precedentes.*

3. *Nessa hipótese, inviável a declaração da nulidade da sentença cujo édito condenatório também se esteou em vasto conteúdo probatório colhido perante o Juízo da causa, servindo a prova emprestada apenas para corroborá-lo. Precedentes.*

4. *É válida a prova advinda de interceptação telefônica autorizada contra o agente por Juízo diverso buscando apurar outro crime, de idêntica natureza, caso sejam eventualmente colhidos indícios de autoria do delito em apuração na ação penal ora vergastada, notadamente quando lícita a prova originariamente colhida.*

5. *Reconhecida a validade da utilização da prova emprestada, impossível a declaração da nulidade por derivação das demais provas dela advindas.*

6. A estreita via do habeas corpus, carente de dilação probatória, não comporta o exame de teses que demandem o aprofundado revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal cognitiva, tal como a carência de provas para embasar o édito condenatório.

7. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.” (grifado)

(STJ. HC 93.521/SP. Relª. Minª. Jane Silva. Dj 14/04/2008)

Posteriormente, o próprio Pretório Excelso acabou por firmar entendimento:

“PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas.” (Pet 3683 QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008)

“PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram

colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.” (Inq 2424 QO-QO, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007)

Em um dos simbólicos julgamentos acerca da prova emprestada em interceptação telefônica, o Ministro Marco Aurélio Mello oferece, em voto vencido, importante lição:

“(...) constato, a esta altura, que muitos querem ter a chibata à mão, muito embora, ainda, não vivenciemos, no Brasil, uma época de terror. É cedo, demasiadamente cedo, para haver a extensão pretendida. O procedimento criminal que corre no Supremo é embrionário; não existe sequer ação penal em curso. O que nos vem da Carta Federal? Uma regra a direcionar ao sigilo de dados, ao sigilo das comunicações telefônicas.

Ora, a exceção, como requer o texto constitucional – e todo preceito a encerrar exceção somente deve merecer interpretação estrita -, pode servir de senha para a abertura, para a utilização dos dados obtidos em processos que não tenham contornos criminais? Em outras palavras, a circunstância de haver base constitucional para se afastar a regra – o sigilo – conduz, em passo subsequente, à possibilidade de extensão praticamente absoluta?

[...]

O que nos vem do referido inciso XII, constante do rol das garantias constitucionais? Vem-nos uma regra que precisa ser homenageada e não minimizada, chegando-se, na via indireta, ao abandono do que nela se contém desde que já tenha havido, presente a exceção, a quebra do sigilo.

[...]

Um ‘bill’ de indenidade, uma carta em branco? Não, porque o legislador constituinte foi sábio e delimitou a possibilidade de se esvaziar o que se quis na cláusula primeira: a inviolabilidade do sigilo.” (STF, Inq 2424 QO, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 25.4.2007)

O que nos parece de todo acertado. Se o procedimento das interceptações telefônicas deriva de um ato judicial vinculado a um fato (autorização judicial) e deve prosseguir em segredo de justiça (mesmo depois de juntado à ação penal principal), o “empréstimo de prova” estaria por negar vigência à Lei n. 9.296/96 e à Resolução n. 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça, razão pela qual as provas advindas de “empréstimo” devem ser reputadas imprestáveis a outros processos, criminais ou não.

Assim, alinha-se com a posição adotada pela doutrina, liderada por Aury Lopes Júnior, Alexandre Moraes da Rosa e Vicente Greco Filho, no entendimento que é incompatível o uso de prova descoberta fortuitamente ou emprestada para outros autos, pela ausência da vinculação causal, ou seja, da não-compatibilidade com o contexto fático-probatório, o qual muitas vezes tem como consequência a ausência do crivo do contraditório, devendo a prova ser considerada ilícita e, portanto, imprestável ao processo penal.

2.8 SUPRESSÃO/EDIÇÃO/DESTRUIÇÃO DE MÍDIAS

Passa-se agora à análise do último grande ponto estudado neste artigo, o qual tratará da violação às mídias oriundas das interceptações telefônicas.

A priori, ante a necessidade da criação de um “protocolo” a ser seguido pelas autoridades competentes, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 59/2008, da qual destaca-se o seguinte artigo:

“Art. 14. Quando da formulação de eventual pedido de prorrogação de prazo pela autoridade competente, deverão ser apresentados os áudios (CD/DVD) com o inteiro teor das comunicações interceptadas, as transcrições das conversas relevantes à apreciação do pedido de prorrogação e o relatório circunstanciado das investigações com seu resultado.”

Lamentavelmente não é o que se vê no dia-a-dia. As autoridades competentes, a fim de “ilustrar” melhor o andamento das interceptações telefônicas, extraem as mídias do programa responsável, convertendo-as em formato passível de fácil edição/supressão e ainda elaboram transcrições/degravações com conteúdo perigosamente subjetivo, chegando ao ápice ao “abrir parênteses” para “interpretá-las”, como por exemplo: “Neste período A questiona B acerca de alguma quantia devida (PROVAVELMENTE DAS LICITAÇÕES FRAUDADAS)”. Salta aos olhos situações como a descrita e por mais lamentável que seja, não são exceções.

Talvez este seja o mais grave limite ultrapassado na produção de provas oriundas de interceptações telefônicas. Verifica-se, na praxis, mídias violadas, ausência de Relatórios, de Auto Circunstanciado, CD's com formatação diversa da gerada pelo Sistema competente, entre tantas outras. É, de fato, o maior problema enfrentado hoje e, por ser complexa sua comprovação face ao “furor incriminatório”, pode ter como consequência a condenação de agente por processo contendo nulidade absoluta insuperável.

A Constituição Federal de 1988 decreta em seu artigo 5º:

“LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

Ao produzir prova com defeito tão gritante, a investigação, bem como a instrução processual penal, fica desfigurada e nula de pleno direito. A máxima “os fins não justificam os meios” é esquecida em nome do “clamor popular”.

Acerca das provas ilícitas, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho⁵³:

“As provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tida como provas. Trata-se de não ato, de não prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas, não têm aptidão para surgir como prova. [...] Enfim, em face da sua manifesta e eloquente inexistência jurídica, não serve sequer para respaldar denúncia e muito menos um decreto de prisão preventiva. A verdade material (rectius: "verdade judicial processualmente válida") que se busca no processo penal não pode nem deve ser obtida por qualquer meio.”

Posição reverberada por Paulo Rangel⁵⁴:

“Se o Estado lança mão de um expediente inidôneo (entenda-se ilícito) para descobrir um fato investigado, tudo o que for descoberto que tiver relação direta com a ilicitude da prova estará contaminado.”

Quando da análise da presença de mídias não condizentes com a integralidade das interceptações telefônicas, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça assim decidiram:

“HABEAS CORPUS. SENTENÇA. PROLAÇÃO ANTES DA SOLUÇÃO DE QUESTÃO ATINENTE À DETERIORAÇÃO PARCIAL DOS MEIOS MAGNÉTICOS NOS QUAIS FORAM GRAVADAS AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS. NULIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIA SOLUÇÃO DA QUESTÃO, PARA QUE POSSA SER ASSEGURADO ÀS PARTES O COTEJO ENTRE O CONTEÚDO DAS GRAVAÇÕES DE ÁUDIO EXISTENTES E AS RESPECTIVAS TRANSCRIÇÕES. OFENSA AO DIREITO DE DEFESA. MANUTENÇÃO DO RÉU PRESO.

Voto médio, cuja suma é a seguinte:

a) se, em sede de ação penal, há diálogos decorrentes de interceptação telefônica, que não estão confirmados por CDs passíveis de leitura (arquivos corrompidos, isto é, deteriorados), diálogos esses que não podem ser admitidos como prova, por não serem passíveis de conferência, pelas partes, isso deve ser resolvido antes da prolação da sentença;

b) concessão parcial do habeas corpus, para anular a sentença, para que seja verificado, dentre os diálogos que estejam sendo usados como prova, aqueles que correspondam a materiais ainda passíveis de confrontação com os registros de áudio pertinentes (cópia dos registros em CDs ou com os registros de áudio originais, em qualquer meio, ainda que se trate dos registros de áudio originais, eventualmente mantidos);

c) isso para que possa ser ensejado às partes a devida confrontação;

d) após a solução da quaestio, deve ser reaberto o prazo para a apresentação de alegações finais, proferindo-se, então, nova sentença;

e) mantêm-se, porém, a prisão preventiva do Paciente.” (TRF4. HC

⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 530.

⁵⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª Ed – versão digital (.epub). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 697

2009.04.00.044334-0/RS. Rel. Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz. Julgado em 26/1/2010)

“Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.

A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.

É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.” (HC 160662/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014)

Neste passo, imperiosa a necessidade de anular todos os atos posteriores à juntada de material violado ou ausente de formalidade essencial, determinando-se nova produção de provas, sob o crivo do contraditório, para que sejam seguidas as “regras do jogo”, estas essenciais ao Estado Democrático de Direito. Se a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a interceptação como exceção, deve(ria)-se dispensar mais cuidado com o manejo da intimidade/privacidade do cidadão.

2.9 NECESSIDADE DE DEGRAVAÇÃO/TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E INUTILIZAÇÃO DAS MÍDIAS “INÚTEIS”

A fim de melhor analisar-se o tema, mister se faz a leitura de alguns dispositivos da Lei n. 9.296/96:

“Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial ([Código de Processo Penal, art.10, § 1º](#)) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos [arts. 407, 502](#) ou [538 do Código de Processo Penal](#).

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.”

Inicialmente, nota-se o comando legal acerca da necessidade de transcrição das comunicações telefônicas “sempre que possível”. A primeira vista, a expressão é acertada, visto que problemas técnicos podem advir ou até interferências externas na ligação, principalmente com tanta dificuldade enfrentada por todos nós com as operadoras de telefonia. Por outro lado, o art. 6º, § 1º, é expresso ao afirmar que a transcrição das conversas deverá ser feita quando a gravação for possível e, por corolário lógico, tal degravação deve ser integral, a fim de evitar-se uma escolha subjetiva por parte do operador, mesmo que inconsciente, o que acabaria por afrontar o princípio da paridade de armas.

A gravação atesta a existência da fonte de prova, mas não é, por si só, meio de prova. O meio de prova é a transcrição, pois ela fixa a prova em juízo (GRINOVER, p. 255 e ss.). Portanto, a degravação integral das conversas é medida imperiosa, pois após sua “chegada” ao processo é que o juiz poderá decidir pela “inutilidade” de alguns trechos.

No mesmo sentido, entendem Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel⁵⁵:

“A degravação parcial é perigosa porque permite a combinação de trechos esparsos das conversas, com desvirtuamento do real sentido do que foi falado; permite ainda que sejam suprimidas partes das frases, para que se dê sentido diferente ao que efetivamente foi expressado pelo interlocutor. A transcrição parcial pode ensejar um texto fora do contexto. Pode permitir que a conversa seja ‘editada’.”

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*, p. 172.

Todavia, não é o que entendem os Tribunais Superiores:

“HABEAS CORPUS. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE LIMINAR PARA GARANTIR À DEFESA DO PACIENTE O ACESSO À TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS REALIZADAS NO INQUÉRITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): INOCORRÊNCIA: LIMINAR INDEFERIDA. 1. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham degradados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República). 2. Liminar indeferida. (HC 91207 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2007)

“Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96).” (HC 83515, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2004)

“INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ART. 6º, §§ 1º E 2º, DA LEI 9.296/96. DESNECESSIDADE DE REDUÇÃO A TERMO DE TODO O CONTEÚDO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS, UMA VEZ QUE AS PARTES TIVERAM ACESSO À INTEGRALIDADE DAS GRAVAÇÕES. INOBSERVÂNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.” Ordem denegada. (HC 37227/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2004)

Novamente cabe a crítica acerca da inversão hermenêutica aplicada pelos Tribunais Superiores. A quebra do sigilo das comunicações telefônicas é medida excepcional e, quando há um procedimento todo regulamentado, este deve seguir de acordo com a legislação vigente, defendendo-se o sistema acusatório e a paridade de armas.

Também deriva disso a necessidade de todas as mídias, e todas as transcrições, serem enviadas ao juízo. A questão da “prova inútil” e do incidente de inutilização deve decorrer de decisão judicial fundamentada após vistas às partes, sob pena de malferir o princípio acusatório e permitir a disparidade de armas, visto que ainda hoje ocorrem classificações subjetivas pelos operadores de áudios de “pequena, média e grande relevância”, permitindo a exclusão ainda durante a interceptação, o que é absolutamente inconstitucional e ilegal.

Destarte, conclui-se que a Lei n. 9.296/96, em seus arts. 6º, § 1º, e seguintes, obrigam a gravação integral das conversas que possam ser gravadas e que tais mídias

sejam enviadas ao juízo antes de qualquer classificação. Em juízo, deverão ser dadas vistas às partes e, só após, o juiz, por meio de decisão fundamentada, poderá decidir pela inutilização da prova, consagrando o princípio acusatório e a paridade de armas.

3 A “FARRA” DAS INTERCEPTAÇÕES: COMO MEGA-OPERAÇÕES ACABARAM COM A ANULAÇÃO DAS PROVAS ORIUNDAS DA QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO

3.1 OPERAÇÃO “TREM PAGADOR”- INTERCEPTAÇÃO COMO REGRA E NÃO EXCEÇÃO E PARA INVESTIGAÇÃO DE CRIMES PUNIDOS COM DETENÇÃO

A Operação “Trem Pagador” foi deflagrada em julho de 2012, em um trabalho conjunto da Polícia Federal e Ministério Público Federal do Estado de Goiás, e tinha como objetivo investigar suposto desvio de dinheiro na empresa pública Valec. Para tanto, a quebra de sigilo das comunicações telefônicas foi amplamente utilizada, o que ofereceu justa causa à deflagração da ação penal.

Entrementes, ao analisar pedido em habeas corpus de anulação das provas oriundas das interceptações telefônicas, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região verificou a utilização do instrumento sem a comprovação de que a prova não pudesse ser produzida por outros meios, utilizando-o como regra, e não exceção, ainda investigando crimes punidos com detenção, conforme se infere:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA.

1. O pedido de interceptação de comunicação telefônica deve demonstrar sua indispensabilidade para apuração da infração penal, conforme dispõe o art. 4º da Lei 9.296, de 1996.

2. É necessário a demonstração da real necessidade da interceptação telefônica, e não por ser mais prático, fácil e cômodo, para investigação.

3. Se a prova puder ser realizada mediante outras provas, busca e apreensão, perícias etc., não se defere o pedido de interceptação de comunicações telefônicas.

4. O crime punido com detenção não admite a interceptação de comunicação telefônica (Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, art. 2º, inc. III).

5. A invasão da intimidade e privacidade do cidadão exige que a escuta seja indispensável.

6. Não se defere a interceptação telefônica para corroborar a prova já colhida. (HC 0049876-36.2012.4.01.0000, Rel. Des. Tourinho Neto, j. em 11.9.2012)

Para melhor análise da decisão, cabe destacar os dispositivos da Lei n. 9.296/96 suscitados para anular as provas obtidas:

“Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

[...]

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

[...]

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.”

Inicialmente ressalte-se a grande lição oferecida pelo acórdão: “*é necessário a demonstração real da necessidade da interceptação telefônica, e não por ser mais prático, fácil e cômodo, para investigação*”. Com tal afirmação consagra-se o princípio de que as interceptações são exceção e não regra, em estrita conformidade com a Constituição Federal.

E este parece ser o grande obstáculo para a consagração das garantias fundamentais no tema das comunicações telefônicas: a “praticidade”. A quebra de sigilo, sob esse pretexto, permite uma invasão despropositada do Estado e devassa a privacidade dos indivíduos, criando uma versão do Big Brother da obra “1984” de George Orwell, trabalhada ainda no filme “*Minority Report*”, pois, como bem observam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes⁵⁶:

“É que as interceptações representam não apenas poderoso instrumento, frequentemente insubstituível, no combate aos crimes mais graves, mas também uma insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito ou acusado, mas até de terceiros, pelo que só devem ser utilizadas como ultima ratio.”

A decisão, nesse ponto, é acertadíssima, pois consagra o que a Carta de 1988 prevê e que a Lei n. 9.296/96 regulamentou, o sigilo como regra a ser seguida, e sua quebra permitida apenas quando demonstrada sua indispensabilidade à produção probatória, deferida através de decisão devidamente fundamentada, o que claramente não ocorreu quando da deflagração da denominada Operação “Trem Pagador”.

Igualmente, nota-se que foram investigados, pela referida força-tarefa, crimes punidos com pena de detenção, o que é vedado pelo art. 2º, inc. III, da Lei n. 9.296/96.

O acórdão, de lavra do eminente Des. Federal Tourinho Neto, a despeito do pacificado pelo Supremo Tribunal Federal no tocante aos ditos crimes “conexos”, rechaça tal possibilidade, considerando ilícitas as provas produzidas através das interceptações telefônicas, o que torna a decisão, mais uma vez, tecnicamente perfeita, pois segue

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*, p. 176.

rigorosamente o estabelecido em Lei, salvaguardando a garantia fundamental de privacidade.

Desta forma, não havia como manter incólume o procedimento viciado de investigação e as provas nele produzidas, razão pela qual a anulação era medida que se impunha.

3.2 OPERAÇÃO “PARANHANA” – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA PRORROGAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Deflagrada no mês de junho de 2006, a Operação “Paranhana” contou com força-tarefa do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Brigada Militar, Polícia Rodoviária Federal e Corregedoria da Polícia Civil e tinha como objetivo a investigação de um suposto esquema de estelionato, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro praticado contra empresários.

O Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar pedido de habeas corpus sob o argumento de ilicitude das provas produzidas por meio da quebra de sigilo das comunicações telefônicas, assim decidiu:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. PRAZO SUPERIOR A 15 DIAS. POSSIBILIDADE. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE MOTIVAR AS DECISÕES JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS.

1. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada, conforme o inciso IX do art. 93.

2. Dispõe o art. 5º da Lei n. 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, que a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

3. A despeito de contrariar a literalidade desse dispositivo legal, a limitação do prazo para a realização de interceptações telefônicas não constitui óbice ao deferimento da medida excepcional por período superior a 15 dias, desde que haja circunstanciada justificação.

Precedentes.

4. A prorrogação da quebra de sigilo, não obstante a jurisprudência admitir tantas quantas necessárias, pode ocorrer, mas nunca automaticamente, depende sempre de decisão judicial fundamentada, com específica indicação da indispensabilidade da continuidade das diligências.

5. No caso, o magistrado, ao autorizar interceptações do fluxo de comunicações em sistema de telemática originadas e recebidas de determinados números de telefone pelo prazo de 30 e 45 dias, não apresentou motivação concreta, caracterizando abusividade a justificar a declaração de ilicitude de tais provas. E, quando permitiu fossem automaticamente

prorrogados os monitoramentos, acabou por ofender a lei e à Constituição, gerando nulidade a contaminar as provas daí decorrentes.

6. Ordem concedida.” (HC 139581/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2013)

Mister ressaltar o disposto na Lei n. 9.296/96 no tocante à decisão que defere/prorroga a quebra de sigilo:

“Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.”

Como exposto anteriormente, a previsão contendo a necessidade de fundamentação não está adstrita à decisão que defere a interceptação telefônicas, mas também àquela que a prorroga. Tal fato decorre da comprovação de análise caso a caso por parte do juiz, onde será realizado o controle de legalidade dos períodos interceptados e ainda a indispensabilidade de continuação da invasão de privacidade por parte do Estado.

Por mais discutível que seja a afirmação do acórdão acerca da possibilidade de incontáveis prorrogações, desde que fundamentadas, o que já foi objeto de discussão neste trabalho, fato é que a decisão acerta quando vincula a prorrogação da interceptação à decisão com motivação concreta e específica de cada período interceptado.

Nesse mesmo norte, Lenio Streck⁵⁷:

“Não há dúvida de que a (necessidade da) fundamentação, além de estar prevista na Constituição na parte relativa ao Poder Judiciário, é, também, um direito fundamental do cidadão. É a garantia que o cidadão tem de que não sofrerá restrição de direitos sem a devida justificação/fundamentação. Disso decorre que o Juiz, na apreciação do pedido de interceptação de comunicação telefônica, deverá, de forma (bem) fundamentada, considerar o princípio da proporcionalidade, e, mais precisamente, realizar o sopesamento entre o interesse público, por um lado, e a esfera da intimidade protegida pelos direitos fundamentais do outro.”

Desta forma, a conclusão não deve ser outra se não a de anular-se todas as provas oriundas de períodos de interceptação telefônicas descobertas de decisão fundamentada, seja de período inicial/originário, seja de período prorrogado, pois a afronta é latente ao texto constitucional e à Lei n. 9.296/96, restando acertada a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalvada o ponto em que permite infundáveis prorrogações.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*, p. 68.

3.3 OPERAÇÃO “INFLUENZA” – QUEBRA DE SIGILO DEFERIDA POR JUIZ INCOMPETENTE

Operação deflagrada pela Polícia Federal em Santa Catarina no mês de junho de 2008, que tinha como escopo a pretensa prática de crimes financeiros por políticos, empresários, servidores e até um delegado de polícia federal aposentado a partir do Porto de Itajaí.

As investigações foram autorizadas, inicialmente, no âmbito da Justiça Estadual e, posteriormente, os autos da interceptação telefônica foram encaminhados à Justiça Federal, onde foram seguidamente prorrogados.

Ao término da colheita das provas, foi oferecida denúncia, a qual foi rejeitada sob o fundamento de ilicitude destas, uma vez que a quebra do sigilo das comunicações telefônicas havia sido deferida por juiz incompetente. Irresignado, o representante do Ministério Público interpôs Recurso em Sentido Estrito, o qual acabou julgado nos seguintes termos:

“PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. PROVAS ILÍCITAS X PROVAS ILEGÍTIMAS. GRAVAÇÕES DECORRENTES DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS POR JUÍZO INCOMPETENTE (JUÍZO ESTADUAL). NULIDADE DECLARADA EM DECISÃO ANTERIOR, TRANSITADA EM JULGADO. ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLHIDOS PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL, MAS COM BASE EM DECISÕES JUDICIAIS FUNDAMENTADAS PELOS ELEMENTOS ADVINDOS DAS ESCUTAS POSTERIORMENTE JULGADAS INDEVIDAS E ILÍCITAS. ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. APLICABILIDADE. CONTINUIDADE DAS INVESTIGAÇÕES COM BASE NAS PROVAS CONSIDERADAS HÍGIDAS, PORQUANTO NÃO-CONTAMINADAS. POSSIBILIDADE.

1. São ilícitas, e não apenas ilegítimas, as provas obtidas mediante violação a norma constitucional que diz respeito a direitos fundamentais (direito ao Juiz Natural e violação do sigilo telefônico).

2. Hipótese em que a investigação teve início no Juízo Estadual, em que se autorizou a realização de interceptações telefônicas durante o lapso de 09-8-2007 a 19-11-2007. Após, observando-se que os ilícitos em tese cometidos seriam de competência da Justiça Federal, o Juízo originário declinou da competência em favor da Justiça Federal de Florianópolis. Ato contínuo, o Juízo Federal, assumindo a condução do Inquérito, deferiu a prorrogação das escutas telefônicas de quinze investigados, dando continuidade, pois, à interceptação autorizada inicialmente por Juízo incompetente e considerando, para tanto, as evidências até então coligidas. Com base na prova advinda de tal prorrogação, foram deferidas diversas medidas cautelares de busca e apreensão, prisões e oitivas de supostos envolvidos nas atividades investigadas.

3. Assim, exsurge indefensável a tese segundo a qual as provas produzidas já perante a Justiça Federal não tivessem tido como fundamento, ainda que indireto (o que não afastaria sua ilicitude), aquelas produzidas

quando a investigação ainda se encontrava sob a condução de Juízo incompetente.

4. A Sétima Turma desta Corte, no julgamento do Habeas Corpus nº 2008.72.00.009384-6/SC, negou provimento ao reexame necessário e acolheu parcialmente o recurso voluntário à época interposto pelos Impetrantes, agregando ao fundamento da sentença monocrática (que decretara a nulidade das provas de interceptação telefônica produzidas entre 09-8-2007 e 19-11-2007), também o reconhecimento da ilegalidade do procedimento desde o pedido originário da interceptação das comunicações telefônicas, por afronta ao artigo 2º, inciso II e parágrafo único, artigo 5º e artigo 6º, todos da Lei nº 9.296/96.

5. Tratando-se, pois, de provas que possuem fundamento causal em outras provas anteriormente declaradas ilícitas em decisão já transitada em julgado, e sendo evidente que a produção de tais elementos probatórios baseou-se, não apenas na ofensa aos dispositivos legais já citados, mas também e principalmente em função de ter havido notória afronta à garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", não há como prosperar a tese de que as provas aqui produzidas seriam meramente ilegítimas, na medida em que não ofendem apenas normas de caráter material-processual.

6. Com a nova redação dada pela Lei n.º 11.690/2008 ao artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da prova ilícita por derivação, revelando-se inadmissíveis "os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originalmente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadão" (Nucci, 2009).

7. Hipótese em que não há como afirmar-se que a integralidade da prova produzida já perante o Juízo Federal teria sua produção autorizada caso não houvesse nos autos elementos de prova ilícita já produzida quando do trâmite do Inquérito na Justiça Estadual.

8. Não havendo certeza quanto ao caráter de independência da prova que ora se pretende seja declarada lícita, ou seja, sendo possível que a prova declarada nula pela decisão ora recorrida tenha-se originado de conteúdo probatório baseado em conteúdo extraído de interceptações telefônicas indevidas (já extraído dos autos por força de decisão anterior que declarou tal nulidade), merece ser mantida a decisão que, declarando a nulidade da prova contaminada, rejeitou a denúncia, indeferindo os requerimentos dela constantes.

9. Conquanto rejeitada a denúncia, não há óbice ao prosseguimento das investigações com base na prova considerada hígida, porquanto não contaminada pelo conteúdo probatório ilicitamente produzido. (TRF4, RSE 2008.72.00.006744-6, Sétima Turma, Relator Tadaaqui Hirose)

E da Lei n 9.296/96 extrai-se:

“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.”

Da leitura do dispositivo supracitado, percebe-se que a competência jurisdicional recebeu grande relevância legal, coadunada pela Constituição Federal, em seu art. 5º, LIII,

segundo o qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Assim, é de fácil conclusão que o deferimento de quebra do sigilo das comunicações telefônicas por juiz incompetente gera nulidade insanável, como bem reconheceu a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Todavia, são correntes os comentários em sentido contrário afirmando, sob o argumento da “proporcionalidade”, ser a medida revestida de “formalismo exagerado” e “garantismo exacerbado”, dando guarida à impunidade.

Resposta melhor não há do que a colocada pela professora Ada Pellegrini Grinover⁵⁸:

“Na dialética entre interesse punitivo e garantias do indivíduo no processo, deve fixar-se uma precisa hierarquia de valores, sublinhando-se a exigência de que o uso processual das interceptações telefônicas seja subordinado à legalidade do procedimento adotado para sua obtenção. O preceito constitucional que tutela a inviolabilidade das comunicações telefônicas encerra uma autêntica vedação probatória e dele promana a ineficácia do conteúdo das interceptações efetuadas contra legem.”

A questão do juiz competente é absolutamente necessária para o início do procedimento das interceptações telefônicas. A Constituição consagrou a garantia fundamental de ser julgado dessa forma e a Lei 9.296/96 emoldurou-a de forma final, pois, como exposto exaustivamente, a quebra do sigilo é medida absolutamente excepcional e qualquer leitura que se faça de sua possibilidade deve ocorrer de modo restritivo, sob pena de malferir a garantia fundamental de privacidade dos indivíduos.

Assim sendo, não restava outra alternativa ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região senão anular as provas advindas de tamanho vício, como acertadamente o fez.

3.4 OPERAÇÃO “SUIÇA” – INTERCEPTAÇÃO BASEADA EM DENÚNCIA ANÔNIMA

A Operação “Suíça”, deflagrada em 2005 pela Polícia Federal, tinha a intenção de investigar supostos crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro por parte de executivos do Banco Credit Suisse.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 268.

Ao analisar o caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela ilegalidade da quebra de sigilo das comunicações telefônicas, uma vez que deferidas a partir de denúncia anônima, anulando todas as provas produzidas a partir desta, colocando fim à Operação, nos termos seguintes:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE CABIMENTO. OPERAÇÃO SUÍÇA. DENÚNCIA ANÔNIMA. ILICITUDE DA PROVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. As Turmas que compõem a Terceira Seção vêm adotando o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual é inadmissível o emprego do writ em substituição a recurso, considerada a expressa previsão de remédio próprio no texto constitucional. Somente em casos excepcionais e a depender da matéria veiculada, admitir-se-á habeas corpus substitutivo.

2. No que tange aos habeas corpus ajuizados antes da alteração da jurisprudência, não ocorrerá prejuízo ao paciente, ante a possibilidade de concessão, se for o caso, da ordem de ofício.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem admitido a utilização de notícia anônima como elemento desencadeador de procedimentos preliminares de averiguação, repelindo-a, todavia, como fundamento propulsor à imediata instauração de inquérito policial ou à autorização de medida de interceptação telefônica (HC n. 204.778/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 29/11/2012).

4. O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedente (HC n. 108.147/PR, Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 1º/2/2013).

5. A interceptação telefônica é subsidiária e excepcional e só deve ser determinada quando não houver outro meio para se apurar os fatos tidos por criminosos, nos termos do art. 2º, II, da Lei n. 9.296/1996. Todavia, no caso, esse aspecto específico não foi objeto de debate e decisão pelo acórdão atacado.

6. No caso em exame, foi a denúncia anônima o gatilho deflagrador da investigação. A autoridade policial teve ciência dos fatos por meio de telefonema e, depois, obteve descrição mais pormenorizada sobre o modo de agir dos supostamente envolvidos mediante mensagens trocadas por e-mail com pessoa que se manteve desconhecida.

7. Conquanto a notícia anônima em si mesma não fosse vaga, pois trazia detalhes das negociações feitas por pessoas ligadas a determinada instituição financeira, narrando, em oito oportunidades, por escrito, fatos e apontando elementos que podiam, a princípio, corroborar as ações tidas como criminosas, sem um mínimo de base empírica, não era possível a queima de etapas para, de pronto, se determinar a quebra de sigilo das comunicações telefônicas dos delatados.

8. Não obstante a gravidade dos fatos narrados na denúncia anônima, não houve o cuidado de se fazer uma prévia averiguação. Nem a Polícia, nem o Ministério Público, muito menos o magistrado poderiam ter-se deixado aturdir com as persuasivas mensagens, porquanto provenientes de pessoa que, categoricamente, não quis se identificar, mesmo após o investigador haver mencionado que sua identidade seria preservada.

9. Devidamente demonstrado nos autos que houve ilegalidade em dar início a interceptações telefônicas com base tão somente em documentos apócrifos.

10. Prejudicados os pontos da impetração referentes ao excesso de prazo das interceptações telefônicas e à falta de transcrição integral e de tradução das conversas.

11. Improcedente a alegação de incompetência da autoridade judicial, ante a precedência da distribuição do feito em questão.

12. Na hipótese em análise, dois procedimentos investigatórios foram iniciados contra os pacientes na Justiça estadual, nos quais se pedia a quebra dos sigilos telefônicos, mas em virtude de declínio de competência, foram encaminhados à Justiça Federal, sendo um deles distribuído à 6ª Vara Criminal Federal, em 2/8/2005, e o outro, à 2ª Vara Criminal Federal, em 5/8/2005. Tão logo constatada a identidade de fatos, o Juízo Federal da 6ª Vara solicitou a redistribuição do procedimento criminal àquele Juízo, o que foi acolhido pelo Juízo Federal da 2ª Vara.

13. Habeas corpus não conhecido. De ofício, declarada a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas autorizadas em 7/11/2005, bem como das provas produzidas pelas subsequentes prorrogações vinculadas a essa primeira decisão, porque amparada a quebra do sigilo apenas na delação anônima, sem investigação preliminar. Ordem expedida ex officio, para que o Juízo Federal da 6ª Vara Criminal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo examine as implicações da nulidade das interceptações nas demais provas dos autos.” (STJ, HC 131225/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013)

Em que pese não haja previsão legal expressa acerca da inadmissibilidade de interceptação telefônica a partir de denúncia anônima, como visto, uma leitura sistêmica da Constituição permite, facilmente, concluir pela sua incongruência com o ordenamento jurídico vigente.

Nada impede, por outro lado, que essas informações advindas de documentos apócrifos, por exemplo, sirvam de base para o início de uma investigação, a qual tenha como produto indícios capazes de autorizar uma medida de interceptação. O que se combate, como bem referendado pelo Superior Tribunal de Justiça, é a impossibilidade de “pular etapas”, partindo direto de uma denúncia anônima para uma medida excepcional como a quebra de sigilo.

A decisão construiu poderoso precedente que deve ser seguido a fim de combater-se a deflagração, sem sentido, de um procedimento tão sensível quanto o das interceptações telefônicas.

3.5 OPERAÇÃO “NEGÓCIO DA CHINA” – SUPRESSÃO DE MÍDIAS PROVENIENTES DA QUEBRA DE SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Deflagrada em 2008 pela Polícia Federal, a Operação “Negócio da China” teve como escopo a investigação da prática, em tese, de um esquema de contrabando, sonegação fiscal e lavagem de dinheiro de um grupo empresarial.

Contudo, uma das mais assustadoras atitudes de agentes estatais, e que infelizmente não são raras, foi descoberta e posta sob crivo do Superior Tribunal de Justiça: os encarregados pela interceptação deletaram mídias antes de enviarem os autos para o Poder Judiciário.

A decisão, de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, foi categórica:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal que não merece conhecimento, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Hipótese em que os pacientes foram alvo de Operação deflagrada pela Polícia Federal, denominada "Negócio da China", dirigida ao Grupo CASA & VÍDEO, que resultou na denúncia de 14 envolvidos, como incursos nos crimes dos arts. 288 e 334 do Código Penal e art. 1º, V e VII, da Lei

9.613/98, em que se apura a ocorrência de negociações fictícias, com o objetivo de dissimular a natureza de valores provenientes da prática do delito de descaminho, mediante a ilusão parcial do tributo devido na importação de produtos, pela sociedade empresária.

VI. Se as pretensões deduzidas neste writ, com relação a um dos pacientes, não foram formuladas perante o Tribunal de origem, no acórdão ora impugnado, inviável seu conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

VII. A intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público.

VIII. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de "ser legal, ex vi do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5º, XII, da CF" (STJ, RHC 25.268/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012).

IX. A decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico dos envolvidos na prática criminosa - cujos fundamentos foram incorporados à decisão de quebra de sigilo telemático - encontra-se devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade da medida cautelar, ante as provas até então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos acusados em infração penal (art. 2º, I, da Lei 9.296/96), para a apuração dos delitos de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96), demonstrando que a prova cabal do envolvimento dos investigados na alegada trama criminosa, para complementar as provas até então recolhidas, não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação telefônica, especialmente a prova do liame subjetivo entre os investigados, para identificação, com precisão, da atividade desenvolvida pelos alvos principais, o modus operandi utilizado e as pessoas a eles associadas, em intrincado e simulado grupo de empresas nacionais e estrangeiras, destinado a ocultar seu verdadeiro controlador, cujas negociações revestiam-se de clandestinidade, valendo lembrar que, em casos análogos, é conhecida a dificuldade enfrentada pela Polícia Federal para desempenhar suas investigações, uma vez que se trata de suposto grupo organizado, com atuação internacional e dotado de poder econômico (art. 2º, II, da Lei 9.296/96).

X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.

XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.

XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-

se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.

XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados.

XV. Habeas corpus não conhecido, quanto à paciente REBECA DAYLAC, por não integrar o writ originário.

XVI. Habeas corpus não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário.

XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.” (STJ, HC 160662/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014)

A edição/supressão/destruição de mídias oriundas de interceptações telefônicas é talvez a medida mais grave praticada por agentes estatais. Munidos do “furor incriminatório”, no ímpeto típico do inquisidor, ultrapassam os limites mais longínquos e preparam as provas para o juízo, quando deveriam enviar a integralidade destas, praticando o crime previsto no art. 10 da Lei n. 9.296/96:

“Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.”

Ao que parece, mais casos de arbitrariedade não vem à tona por desconhecimento por parte dos operadores do Direito quanto ao procedimento técnico, funcionamento do sistema de armazenamento das mídias, etc.

Tal prática deve ser refutada com veemência para não se criar o tão temido “*Big Brother*”, o Estado vigilante que não teme as amarras constitucionais e legais. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar com prudência oferece-nos verdadeiro leading case, o qual deve servir de marco na luta por uma utilização devida da quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

3.6 OPERAÇÃO “CASTELO DE AREIA” – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA DEFERIMENTO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A Operação “Castelo de Areia”, assim como a Operação “Suíça”, foi deflagrada pela Polícia Federal a partir de delação anônima para investigação da suposta prática de crimes por um grupo empresarial. No entanto, um agravante: a ausência de fundamentação idônea para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, como bem reconheceu o Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA". DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS.

As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da perseguição penal.

A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social.

Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, in casu, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual.

Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7. (STJ, HC 137349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011)

É igualmente assustador uma motivação inidônea para o deferimento da quebra do sigilo das comunicações telefônicas. No presente caso, além de baseada em denúncia anônima, o juiz competente autorizou a interceptação telefônica baseado na proporcionalidade como “prevalência da segurança social ao primado da proteção do direito individual”.

Tal afirmação acarreta em verdadeira inversão do texto constitucional, que tem a privacidade como garantia fundamental, e ainda mais em face do sigilo como regra e sua quebra como exceção. Esse tipo de “ginástica hermenêutica” só afronta ainda mais toda

a regulamentação realizada das interceptações telefônicas através dos tempos, como bem coloca Aury Lopes Júnior⁵⁹:

“A fundamentação nada mais é do que exercício retórico. E, mais, recordemos que em processo penal forma é garantia e que essa conquista democrática não pode ser afastada sob pena de grave retrocesso. O mais importante é o decidir, que brota de um complexo conjunto de fatores psicológicos.”

Nessa senda, por clara afronta ao art. 5º da Lei n. 9.296/96, o Superior Tribunal de Justiça acertou ao anular todas as provas oriundas das interceptações ilegais.

3.7 OPERAÇÃO “TRANSPARÊNCIA” – ENCONTRO FORTUITO EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

De responsabilidade da Polícia Federal, a Operação “Transparência” foi deflagrada em Santa Catarina para apuração de suposta informação privilegiada e quebra do sigilo profissional por parte de importante figura política.

Entrementes, constatou-se que as conversas que diziam respeito ao políticos eram provenientes de encontro fortuito, o que, como exposto, não encontra amparo legal.

Quando da análise de recebimento da denúncia, o Juiz Alexandre Moraes da Rosa assim decidiu:

“É que a prova obtida via escuta telefônica é inservível, porquanto o Inquérito instaurado pela Polícia Federal (fl. 02) em 03.07.2009 faz referência expressa: “Instaurar Inquérito Policial para apurar possível ocorrência dos crimes previstos nos arts. 317, 321, 325 e 333 do Código Penal, tendo em vista indícios de ocorrência de tais delitos na relação entre agente público do Estado de Santa Catarina e representantes de empresa priva interessados em resolver pendência junto ao Poder Público”. A portaria genérica nem ao menos se refere a qual função esse “agente público” estaria vinculado, ainda que já existentes elementos para tanto nos autos. A instauração, por sua vez, decorreu do “compartilhamento” de investigações anteriores realizadas em face de atos de corrupção, em tese, praticados por Policiais Rodoviários Federais no Posto de Pirabeiraba/SC, cujo Inquérito Policial foi tombado com o número 92/2008, com o nome de “Operação Carga Pesada II”. Tanto assim que no relatório apresentado pela Autoridade Policial nos autos n. 2009.72.01.001860-5, datado de 20.05.2009, há referência expressa ao Processo n. 2008.72.01.000652-1, sugerindo-se o “compartilhamento” das informações e a declinação da competência. No relatório constam diversas conversas interceptadas em que há indicação expressa da pessoa do denunciado Leonel Arcângelo Pavan (fls. 08-91), então Vice-Governador do Estado. O Ministério Público Federal opinou favoravelmente (fl. 94) e o Juiz condutor do feito decidiu pela declinação da competência em favor do egrégio

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 607.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina (fls. 95 e verso), acrescentando-se, depois, em nova decisão, o "compartilhamento" das provas produzidas nos autos n. 2008.72.1.000652-1. A questão é que as decisões anteriores, reconhecidas na própria decisão que declinou a competência em razão da função do investigado, consistente na restrição de direitos fundamentais (fl. 95-v), não acompanharam a remessa. A valoração da prova produzida, portanto, em face do contraditório diferido instaurado por conta das interceptações, não pode ser realizada. É direito dos imputados poder analisar a legitimidade – na forma dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.296/96 – das razões ensejadoras da quebra do sigilo da prova compartilhada, sob pena de violar-se o contraditório e a ampla defesa. Sem o contraditório, mesmo diferido, impossível validar-se o conteúdo das interceptações entranhadas aos autos, especialmente quando datam de período superior ao de 15 dias (transbordando o limite legal – STJ, HC n. 76.686), sem justificativas de prorrogação e quando a pessoa do denunciado Leonel Arcângelo Pavan já constava do conteúdo da interceptação.

Os fundamentos e as razões das decisões anteriores que ocasionaram os ditos "compartilhamentos" são por demais importantes, entretanto em nenhum momento houve a juntada nos autos, carga probatória que competia ao acusador. A Lei n. 9.296/96 estabelece as hipóteses e a forma de realização da quebra de sigilo de comunicação, sendo que seu artigo 2º aponta que a interceptação telefônica não deve ser admitida: a) na hipótese de inexistir indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; b) se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; c) ou se o fato constituir infração punida com, no máximo, pena de detenção.

A restrição a direitos fundamentais avivada pela interceptação telefônica demanda o preenchimento dos requisitos do art. 2º da Lei n. 9.296/96⁶⁰, demonstrando-se, minudentemente, a "necessidade"⁶¹.

Assim é que os fatos constatados por intermédio das interceptações telefônicas referidas no caderno indiciário, mas não juntadas aos autos devidamente, ou seja, com os fundamentos e o conteúdo da decisão, mas de maneira parcial, não podem ser utilizados como meio de prova nestes autos. Isto porque estabelece a Lei n. 9.296/96, em seu art. 8º, que

a interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas" e ainda, no parágrafo único, que "a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Tal determinação legal decorre do princípio do contraditório, e não pode ser afastada, sob pena de flagrante mácula ao processo penal democrático e às garantias constitucionais. Guilherme de Souza Nucci⁶², em lição acerca da referida norma, leciona:

Apensação: significa o ato de juntar algo em anexo a outra coisa. No caso de autos, há o principal e os referentes aos apensos – procedimentos incidentes e secundários. Determina a lei que a interceptação telefônica constitua um procedimento, a princípio, desligado do principal, logo, precisa ser instruído à parte, em apenso

⁶⁰ PRADO, Geraldo. Limites às interceptações telefônicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 45-46.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 657-660.

próprio. Depois de concluído, haverá o momento processual exato para ser anexado aos autos principais.

Com efeito, o conteúdo dos autos n. 2008.72.1.000652-1, onde constam as interceptações telefônicas que renderam ensejo ao "encontro fortuito", precisaria necessariamente vir aos autos na forma de apenso (por cópia autenticada) ou ser juntado ao processado. Como não foram disponibilizados à defesa, inviabilizando a defesa plena – no caso diferida – e a análise da legalidade das escutas telefônicas, o resultado é a declaração de ilicitude.

Paolo Tonini⁶³ aponta:

O termo inutilizabilidade descreve dois aspectos do mesmo fenômeno. Por um lado, indica o 'vício' que pode conter um ato ou um documento; por outro lado, ilustra o 'regime jurídico' ao qual o ato viciado é submetido, ou seja, a não possibilidade de ser utilizado como fundamento de uma decisão do juiz. A inutilizabilidade é um tipo de invalidade que tem a característica de atingir não o ato em si mas o seu 'valor probatório'. O ato pode ser válido do ponto de vista formal (por exemplo, não é eivado de nulidade), mas é atingido em seu aspecto substancial, pois a inutilizabilidade o impede de produzir o seu efeito principal, qual seja, servir de fundamento para a decisão do juiz.

No Processo Penal democrático, o conteúdo da interceptação somente é válido quando atendido o devido processo legal, situação não demonstrada no presente caso.

Recentemente, aliás, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n. 191.378 / DF (2010/0216887-1), relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, afirmou:

Por isso mesmo, inicio com as seguintes reflexões: Qual o "valor mais nobre": o valor de proteção à intimidade das pessoas ou o da busca da verdade nos processos? Qual o limite da relativização dos direitos fundamentais? Quais os "limites" do direito à prova? O "modo de agir" pode valer mais do que o "resultado"? Como devem ser vistas as regras probatórias? De um lado, busca-se a preservação da intimidade, da privacidade e de seus consectários (inviolabilidade de sigilo de dados e das comunicações telefônicas, bancário e fiscal); de outro, temos a segurança da coletividade e o poder-dever do Estado de reprimir práticas delitivas. Frente a essas reflexões, nada melhor, então, do que nos socorrer dos ensinamentos dos mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que assinalam: Uma ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes. Por isso, a Lei 11.690/2008, dando nova redação ao art. 157 do CPP, diz que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Também o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal Militar, em regras consideradas de superposição e aplicáveis a todo e qualquer processo, consideram inadmissíveis meios de prova moralmente ilegítimos (art. 332 do CPC) e que atentem contra a moral e a segurança individual ou coletiva (art. 295 do CPPM).

E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do

⁶³ TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Trad. Alexandra Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76.

indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

[...]

É por isso que a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes. Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um valor de verdade. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia. De duas maneiras pode ser regulado o sistema da legalidade das provas: podem-se estabelecer, positivamente, determinadas modalidades para a admissibilidade das provas; ou o material probatório pode ser selecionado, negativamente, através de uma série de regras de exclusão. O que releva notar é que uma coisa são as regras legais sobre avaliação judicial, hoje superadas; outra, bem diversa, são as regras de admissibilidade e de exclusão de determinados meios de prova. Estas últimas devem ser aceitas e estabelecidas, ainda que no plano da investigação dos fatos possam representar algum sacrifício. [...] É suficiente um instante de reflexão para perceber que o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. Dois processos podem ser imaginados: um, em que a dignidade do homem é aviltada; outro, em que é respeitada. Este último torna tolerável até mesmo os inevitáveis erros. Por isso é que o termo "verdade material" há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida. (As Nulidades no Processo Penal, Editora Revista dos Tribunais, 12ª ed., págs. 123/125).

A questão em debate, como se pode perceber, não é simples; é, na verdade, extremamente delicada justamente por envolver direitos fundamentais. Concorro com o que foi dito pela Ministra Maria Thereza por ocasião do julgamento do HC n. 137.349, no sentido de que é indispensável observar os fundamentos da "proporcionalidade", sob pena de se "banalizar", e até mesmo "vulgarizar" muitas das "garantias constitucionais", como a que está assentada no art. 5º, X, da Constituição Federal: Direito à intimidade e à privacidade. Não muito distante da realidade cotidiana, vê-se, em alguns casos, a persecução penal por instrumentos que visam adentrar na intimidade ou na privacidade do indivíduo, com o escopo de utilizar o material obtido nesta persecução, na via processual penal, como meio de prova, fortalecendo e elucidando os fatos para que o "ius puniendi" do Estado tenha seu desfecho concretizado e a justiça, em tese, tangida. Nesses moldes e tentando estabelecer limites para essa persecução, o

próprio Estado fixa parâmetros objetivos e positivados com fins a tentar resguardar alguns preceitos humanos, como a intimidade, a privacidade, etc..

Premissas constitucionais como a do art. 5º, XII, que dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, ressalvado por ordem judicial nas hipóteses em que a lei estabelece; do inciso X, da mesma ordem constitucional, que menciona acerca da inviolabilidade à intimidade, à vida privada, etc.; do inciso LIV, que dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" e do inciso LVI, da Constituição Federal, que diz: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"; todas são garantias constitucionais que, ao longo da história, com um garrido esforço da sociedade, foram conquistadas, para assim permanecerem, e nem mesmo o Estado, sem justo motivo, poderá violar.

Portanto, devem o Estado-juiz (magistrado), o Estado-administração (representante do Ministério Público), a autoridade policial, os coligados numa ordem reta com poderes de investigação – ex., as CPIs, ou, mesmo, terceiros singulares com objetivos pessoais, se ater a ordem jurídica limitadora e garantidora dos interesses pessoais do indivíduo para, assim, sem ultrapassar essas garantias, colaborar para o processo de uma forma legal, fornecendo materiais probatórios sem vícios legais e válidos para a trilha processual criminal. Importante lição encontramos nos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel: Impõe-se sublinhar ademais o seguinte: a verdade material (ou real) é uma verdade histórica e, portanto, não significa que tudo está permitido. Só pode ser alcançada de acordo com os ditames do Estado de Direito, respeitando-se seus limites. Não é uma verdade a qualquer preço. Nem tudo é lícito no âmbito probatório. Urge compatibilizar a produção da prova com direitos fundamentais do suspeito ou do acusado, tais como dignidade, intimidade, etc. A intromissão na vida privada e sigilosa de uma pessoa só pode dar-se conforme o estritamente previsto em lei. É imprescindível a legitimidade da atuação estatal na origem de qualquer prova, mas principalmente na que envolve a privacidade. Se a regra é a tutela desse direito e do sigilo das comunicações, as exceções devem vir rigorosamente previstas em lei. Assim como o procedimento legal, que é revelador, no caso, do devido processo legal. Não poderíamos encerrar esses comentários sem transcrever uma advertência muito corrente entre os norte-americanos e enfatizada por RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO, nestes termos: " a excessiva benevolência do sistema jurídico para com as ilegalidades deixa a polícia preguiçosa: é sempre mais fácil invadir, coagir, ameaçar e torcer para que alguma prova assim lhe caia nas mãos, do que realizar um trabalho investigativo sério. (Legislação Criminal Especial, 2ª ed., RT, Coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. fl. 554)

Assim, ressalto a necessidade de merecer cuidado absoluto do julgador, especialmente no que diz respeito às limitações do procedimento escolhido, para a análise do caso concreto. Reafirmo: da situação em apreço nasce a acalorada discussão constitucional, requisitando, então, máxima observância dos "direitos" e das "restrições", que, por sua vez, fazem parte integrante do catálogo dos direitos fundamentais.

(...)

Cabe registrar, nesse ponto, uma última observação. A função de investigar não pode resumir-se a uma sucessão de abusos, nem deve reduzir-se a atos que importem em violação de direitos ou que impliquem desrespeito a garantias estabelecidas na Constituição e nas leis. Por isso mesmo, não pode transformar-se em instrumento de prepotência nem converter-se em meio de transgressão ao regime da lei.

Os fins não justificam os meios. Há parâmetros ético-jurídicos que não podem nem devem ser transpostos; quando se investiga (como na espécie), processa ou julga, não se está exonerado do dever de respeitar os estritos limites da lei, por mais graves que sejam os fatos cuja prática motivou a instauração do procedimento. Imperioso destacar, ainda, que a exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional não frustra nem tampouco impede o exercício pleno dos poderes investigatórios.

O respeito efetivo pelos direitos individuais e pelas garantias fundamentais outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral representa o sinal mais expressivo e o indício mais veemente de que se consolida, de maneira real, o quadro democrático delineado na Constituição Federal.

Sem dúvida, é a tutela jurídica da intimidade uma das mais significativas expressões dos direitos da personalidade, tratando-se de valor constitucionalmente garantido, cuja proteção normativa busca assegurar, em favor do indivíduo, uma esfera de autonomia a salvo do arbítrio do Estado.

Todavia, como é sabido, tal direito à inviolabilidade não se reveste de caráter absoluto, cedendo espaço, EXCEPCIONALMENTE, às exigências impostas pela preponderância do interesse público, "quando existem fundados elementos de suspeita, apoiados em indícios idôneos e reveladores de prática delituosa.

Sublinhada essa questão, cabe dizer que o regime da escuta telefônica não pode ser automaticamente validado no caso presente, pois diante do "compartilhamento" operado – mesmo em se tratando de "encontro fortuito", cuja legitimidade democrática é duvidosa – era necessária a remessa de todas as decisões e elementos que justificaram a quebra do sigilo anterior. Sem os elementos que ensejaram o deferimento judicial da pretensão, foi sonegado aos denunciados o direito fundamental de exercer o contraditório sobre a legitimidade e regularidade dos pleitos, bem assim a este Juízo de analisar a legalidade dos deferimentos anteriores. Não se sabe, pois, dentre outros elementos, qual o período em que foi deferido (se por mais de 15+15 dias), se os elementos probatórios autorizariam o deferimento e a prorrogação, nem mesmo se preenchidos os requisitos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.296/96. E sem isso, não se pode acolher a prova entranhada. Por derivação, já que todos os depoimentos da fase extrajudicial, e conforme reiteradamente referido no conteúdo da denúncia, a exclusão da escuta não autoriza o reconhecimento de fonte independente nem de encontro inevitável, contaminando os demais elementos indiciários produzidos.

É como ensina Aury Lopes Jr⁶⁴:

Assim, o chamado princípio da especialidade da prova situa-se numa linha de tensão com a chamada transferência de provas, cuja discussão costuma aparecer no campo do Direito Penal econômico, em que órgãos estatais, como Receita Federal, BACEN etc., fazem intercâmbio de documentos e provas.

A vinculação causal da prova (especialidade) é decorrência natural da adoção de um processo penal minimamente evoluído, como forma de recusa ao substancialismo inquisitorial, e as investigações abertas e indeterminadas.

Como decidiu o Tribunal Supremo da Espanha, em 03/10/1996, interpretando o art. 579 LECrim, que disciplina a interceptação telefônica, "rige el llamado principio de especialidad, que justifica la intervención solo al delito investigado".

Outro não pode ser o tratamento da prova que – por limitar direitos

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Volume I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 570-571.

fundamentais – exige e impõe a reserva de jurisdição como garantia (e limite ao exercício do poder). Daí por que o problema situa-se a nosso juízo, numa dimensão muito mais profunda. Quando se desvia o foco da investigação de um fato certo e determinado para abranger qualquer tipo de ilícito que eventualmente tenha praticado o réu, opera-se no campo do substancialismo inquisitorial.

Trata-se de perquirir sem uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, o que resulta inevitavelmente solidária com uma concepção do autoritária e irracionalista do processo penal (FERRAJOLI), inserindo-se no referencial inquisitório, o que constitui uma postura incompatível com os limites de um processo penal democrático e acusatório.

Constitui um absurdo obter – por exemplo – uma autorização judicial para realização de uma interceptação telefônica para apuração do delito de tráfico de substâncias entorpecentes e, posteriormente, utilizar esse material probatório para instauração de outro processo criminal, pelo delito de sonegação fiscal.

Existe um ilegal desvio causal da prova autorizada para apuração de um crime e utilizada para punição de outro. Torna-se ainda mais grave a ilegalidade, no exemplo citado, se a prova for utilizada no segundo processo e este tiver sido instaurado para apuração do delito previsto no art. 2º da Lei nº 8.137 apenado com detenção (recordemos que o art. 2º da Lei nº 9.296 veda a interceptação telefônica quando o fato for apenado com detenção).

[...]

Igualmente inadmissível, é que seja determinada judicialmente a restrição de determinado direito fundamental do réu (inviolabilidade do domicílio, sigilo das comunicações telefônicas etc.) e essa prova venha a ser utilizada contra terceiros. Imaginemos que em determinado processo seja autorizada a interceptação telefônica do réu "A" e, na execução dessa medida, venha a ser obtida uma conversa que incrimine um terceiro "C" por outro delito" [...]

Por via de consequência, sem as referidas provas nem mesmo faz-se possível a oferta de suspensão condicional do processo, diante da ausência de justa causa. Dito de outra forma: subtraída a escuta telefônica do contexto dos autos a prova indiciária restringe-se aos depoimentos dos envolvidos e, na linha do decidido no Habeas Corpus n. 191.378 – DF, não podem ser validados.

Pelo exposto, DECLARO INUTILIZÁVEIS as provas derivadas das escutas telefônicas processadas nos autos n. 2008.72.1.000652-1 e dos demais elementos compartilhados, de modo que passam a ser desconsideradas para efeitos de avaliação da justa causa da ação penal, e desconsideradas, por contaminação, as delas decorrentes.” (Inquérito n. 023.11.047719-0)

A decisão oferece importantes lições. As conversas que envolvem o denunciado advieram do chamado “encontro fortuito”, todavia não foram apensados aos autos a integralidade das interceptações, a fim de possibilitar a ampla defesa. Ainda, o período de interceptação extrapolou o limite legal, ainda que prorrogado por igual período.

Não restava outra alternativa senão a de rejeitar a denúncia por ausência de justa causa e declarar a inutilização das provas colhidas contra legem. São inúmeros os dispositivos constitucionais e legais afrontados pela atitude dos agentes estatais, os quais devassaram indevidamente a privacidade de um indivíduo utilizando-se de um instrumento altamente regulamentado e igualmente invasivo sem a menor cautela.

Infelizmente, em sede de Recurso em Sentido Estrito, a instância superior decidiu pelo recebimento da denúncia, que ainda pende de julgamento.

3.8 POR UM USO MAIS RACIONAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Para que se possa criar um ambiente de utilização racional da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, deve-se ter em mente o caráter excepcional da medida.

A Constituição da República prevê o sigilo como regra, sendo a interceptação uma exceção, regulamente pela Lei n. 9.296/96 e pela Resolução CNJ n. 59/2008.

Nos dizeres de Geraldo Prado⁶⁵:

“Renove-se a advertência: os limites e fronteiras de incidência da Lei n. 9.296/96 devem ser procurados no seio da própria Constituição da República e não fora dela, em políticas de governo conjunturais, ditadas por interesse político-partidários não necessariamente conformes ao citado programa constitucional.”

Há de se entender, de uma vez por todas, que a quebra do sigilo das comunicações telefônicas não deve ser utilizada ampla e irrestritamente e, ainda mais, a prova oriunda do procedimento viciado não pode ser utilizada no processo penal, sob pena de malferir todas as garantias estipuladas na Constituição após séculos de lutas e avanços.

Em decisão quase centenária, a Suprema Corte Americana decidiu, em *Silverthorne Lumber Co. v United States* (1920), que:

“A essência de uma previsão proibindo a aquisição de prova de uma certa forma é que não somente a prova assim adquirida não deve ser usada perante a Corte, mas que ela não deve ser usada em absoluto. Claro que isto não significa que os fatos desta maneira obtidos se tornam invioláveis e inacessíveis. Se o conhecimento sobre eles é obtido de uma fonte independente, eles devem ser demonstrados como quaisquer outros, mas o conhecimento adquirido pelo próprio mal agir do Governo não pode ser usado por ele da forma proposta.”

Posteriormente, a mesma Corte reafirmou a necessidade da colocação de “freios” na produção probatória em *Nardone v United States* (1939):

“Proibir o uso direto de métodos, [mas] não colocar freios no seu uso total indireto, somente atrairia os mesmos métodos reputados ‘inconsistentes com standards éticos e destrutivos da liberdade pessoal.’”

⁶⁵ PRADO, Geraldo. *Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, p. 24.

Para que essa corrente de pensamento seja amplamente aplicada no Brasil, necessita-se de uma conscientização inicial dos magistrados, para que possam exercer com mais precisão o juízo de indispensabilidade da produção da prova oriundas da quebra de sigilo, dos operadores dos sistemas de captação, para que realizem o procedimento de acordo com o estrito comando legal e de todos os operadores do Direito para que tomem conhecimento da importância de salvaguardar-se as garantias e direitos fundamentais estabelecidos pela nossa Constituição.

Na pesquisa realizada, o pensamento de Aury Lopes Júnior⁶⁶ demonstra com clareza a problemática levantada pelo presente trabalho, nos seguintes termos:

“No que tange à 'excepcionalidade' da interceptação telefônica, infelizmente ela está muito longe de existir. Atualmente, a medida foi extremamente banalizada, a ponto de primeiro haver a interceptação e depois a investigação. Ou seja, primeiro se grampeia e depois se pensa.”

Por todo o exposto, prioritariamente deve-se seguir as “regras do jogo” e refletir muito antes de interceptar-se conversas alheiras, sob pena de ferir o próprio Estado Democrático de Direito. Afinal, não vivemos em um Estado de Polícia, mas regido por leis criadas pelo “jogo” democrático e, como tais, devem ser respeitadas, especialmente quando adentrarem a esfera de privacidade/intimidade do indivíduo.

⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 634 (versão digital .epub)

CONCLUSÃO

Passando pelo primeiro capítulo, que teve como escopo a localização das interceptações telefônicas no ordenamento, pode-se perceber que o sigilo das comunicações telefônicas recebeu contorno normativo inicial com o advento da Lei Federal n. 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), mas ainda sem previsão constitucional, o que só veio a ocorrer com a Constituição Federal de 1967, com redação alterada pela Emenda Constitucional n. 01/69. Com o novo texto, o sigilo passou a ser absoluto, o que acabou por não recepcionar a possibilidade de violabilidade prevista no Código de Telecomunicações. Com a nova ordem constitucional de 1988, o sigilo volta a ser relativo, com a necessidade de edição de Lei regulamentadora posterior, não bastando a Lei n. 4.117/62, o que só veio a ocorrer com a Lei Federal n. 9.296/96, complementada pela Resolução n. 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça.

Devidamente localizada no ordenamento, o segundo capítulo explorou pontos polêmicos da Lei n. 9.296/96, abordando a inconstitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, por ampliar indevidamente o comando insculpido no art. 5º, XII, da CF/88, a necessidade de observância dos requisitos autorizadores da quebra de sigilo, a impossibilidade de deferimento de interceptação por Comissão Parlamentar de Inquérito, por esta não possuir poderes inerentes ao juiz, a inconstitucionalidade da quebra de sigilo ex officio pelo juiz, por afronta ao sistema acusatório, a impossibilidade de interceptação a partir de denúncia anônima, por ausência de previsão legal, a necessidade de degravação por observância estrita à Resolução n. 59/2008 do CNJ e à Lei n. 9.296/96 e a nulidade das provas quando há utilização de prova emprestada, encontro fortuito e supressão/edição/destruição de mídias por atacar o disposto na Lei n. 9.296/96.

Por fim, no terceiro capítulo foram analisadas as operações policiais denominadas “Trem Pagador”, “Castelo de Areia”, “Suíça”, “Transparência”, “Paranhana”, “Influenza” e “Negócio da China” à luz do trabalhado no segundo capítulo, concluindo pelo acerto das decisões proferidas – e colacionadas – pois decorreram de uma leitura sistêmica entre Constituição Federal, Lei Federal n. 9.296/96 e Resolução n. 59/2008, consagrando as garantias fundamentais dos indivíduos.

A conclusão deste Trabalho de Conclusão de Curso foi no sentido de que restou identificado que o próprio Estado, por intermédio de seus agentes, usa de seu poder e, munido de um “furor incriminatório”, afronta a própria Constituição que o delimita, utilizando de um expediente que é (deveria ser) medida de caráter absolutamente

excepcional, autorizada apenas em casos de extrema relevância e atendidos os limites estabelecidos na regulamentação normativa. Há um verdadeiro uso irrestrito e irresponsável da quebra do sigilo das comunicações telefônicas e o Poder Judiciário, ao relativizar a aplicação das normas atinentes, acaba por ser conivente com as práticas cotidianas típicas da figura do inquisidor.

Outrossim, concluiu-se por um uso mais racional das interceptações telefônicas, devendo seu procedimento seguir o disposto no ordenamento jurídico vigente e qualquer prova decorrente de seu desvio deve ser reputada ilícita e imprestável ao processo penal, devendo ser inutilizada.

BIBLIOGRAFIA

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 24/MAR/2013 às 10:56hs.

CERNICCHIARO, Luiz Ernesto. Artigo publicado no Correio Braziliense, publicado em 2.9.1996.

CONGRESSO BRASILEIRO. Lei Federal nº 9.296, de 24 de Julho de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em 24/MAR/2013 às 11:03hs

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 59, de 09 de Setembro de 2008. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12174-resolu-no-59-de-09-de-setembro-de-2008>. Acesso em 01/ABR/2013 às 10:50hs

FERNANDES, Antônio Scarance. *A Lei da interceptação telefônica*, Justiça Penal, RT 4/54.

_____. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Os resultados da interceptação telefônica como prova penal*, Revista do Processo, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 178-179, 1986.

_____. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GALLINA, Matheus do Valle. Trabalho de Conclusão de Curso: *Valor probatório da prova descoberta fortuitamente no processo penal*, p. 9-p.

GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª Ed – versão digital (.epub). São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Prova emprestada*, artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 4, p. 63.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Interceptação de comunicações telefônicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

KISTENMACHER, David e VANDRESEN, Thaís. *A interceptação telefônica e a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas*. Revista da Unifebe. Disponível em www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/2009/artigo029.pdf. Acesso em 30 de maio de 2014

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*, 1984, p. 333.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. - versão digital. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Paulo Heber de. LOPES, João Batista. *Da prova penal*, 1978, p. 170-172.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei 9.296/96*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 21.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Geraldo. *Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Lumen Juris, 2005

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª Ed – versão digital (.epub). São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Breves considerações sobre a Lei 9.296/96*, disponível em <http://jus.com.br/artigos/195/breves-consideracoes-sobre-a-lei-9296-96-interceptacao-telefonica>. Acesso em 01/06/2014

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVA, André Ricardo Dias. *O Conselho Nacional de Justiça como órgão uniformizador das atividades de interceptação das comunicações à luz do princípio da proibição das provas ilícitas*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7542. Acesso em 30 de maio de 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. www.stj.jus.br. Acesso em 25/MAR/2013 às 13:05hs.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.jus.br. Acesso em 25/MAR/2013 às 13:20hs.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Processo penal*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. www.tjsc.jus.br. Acesso em 26/MAR/2013 às 10:05hs.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. www.trf1.jus.br. Acesso em 01/JUN/2014 às 10:15hs

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. www.trf4.jus.br. Acesso em 26/MAR/2013 às 11:00hs